

Faculdade de Direito
Universidade de Lisboa



MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS COM INVESTIDORES E DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Dissertação orientada pelo Professor Doutor Luís de Lima Pinheiro

Maria Antónia Mata Antunes da Silva

Mestrado em Direito e Ciência Jurídica

Especialidade de Direito Comercial Internacional

2019

*Este trabalho é dedicado aos meus avós,
por terem sido obrigados a abandonar a escola na infância,
por terem trabalhado toda a vida para que os seus filhos e netos pudessem ter todas as
oportunidades que lhes foram negadas,
e porque sei quão orgulhosos estariam de mim se aqui estivessem.*

Resumo

A presente dissertação examina a relação que se tem vindo a estabelecer entre mecanismos de resolução de litígios com investidores e a ordem jurídica europeia. A matéria encontra-se ainda pouco estudada em Portugal, mas levanta problemas relevantes sobre as competências da União Europeia, qual o papel que entidades privadas devem ter na administração da Justiça e até que ponto o interesse público legitima as opções do legislador.

Começa por sintetizar os vários meios de resolução de diferendos que constituem uma opção para os investidores estrangeiros em geral, e quais as suas vantagens e desvantagens.

Podemos dividir os meios de resolução de litígios com investidores entre meios jurisdicionais e meios não jurisdicionais. De notar que os meios não jurisdicionais não têm uma relação conflituosa com as normas europeias, dado que o seu resultado não obriga as partes. Considerámos que os mesmos deveriam ainda assim ser mencionados, dado que constituem uma opção para os investidores.

De seguida foca-se, da perspetiva da celebração de acordos de investimento que configurem uma oferta de submeter litígios de investimento à arbitragem de investimento, em dois aspetos no qual a mesma e o Direito da União Europeia se podem tornar incompatíveis, e como deve ser resolvida essa potencial incompatibilidade.

A arbitragem de investimento tornou-se o paradigma no que toca à resolução de diferendos com investidores. No entanto, a insatisfação com este estado de coisas tem crescido, e atualmente este meio de resolução está a passar por uma crise de legitimidade. É neste contexto que surge a nova abordagem adotada pela União Europeia no que toca aos meios de resolução de litígios com investidores previstos em sede de acordos de investimento. A dissertação termina com a análise da natureza jurídica dos mecanismos de resolução de litígios com investidores previstos no Acordo CETA e no Acordo TTIP, realçando possíveis problemas jurídicos que esta nova abordagem europeia possa colocar.

Palavras-chave: Direito do Investimento Estrangeiro, Arbitragem de Investimento, Acordo CETA, Acordo TTIP, Mecanismos Alternativos de Resolução de Litígios

Abstract

This dissertation examines the relation that has been established between investment dispute settlement mechanisms and the European legal order. This theme has not been object of much study in Portugal, but it is very relevant, considering it allows to us to deal with questions like the European Union competences, which part should private entities play in the administration of Justice and if the prosecution of public interest legitimizes the decisions of States.

It begins with an enunciation of the several dispute settlement mechanisms that are available for foreign investors in general, and the advantages and disadvantages of which mechanism.

We can divide investment dispute settlement mechanisms in two categories, jurisdictional dispute settlement mechanisms and non jurisdictional dispute settlement mechanisms. Non jurisdictional dispute settlement mechanisms don't have a problematic relation with European norms, considering the result of the process is not binding. We chose to analyse them nevertheless, because they are an option for investors.

Afterwards, it focusses, from the perspective of the celebration of investment agreements that allow the investor to initiate an arbitral proceeding, on two matters where investment agreements and European Union Law may become incompatible, and how to solve this potential incompatibility.

Investment arbitration has become the rule when it comes to investment dispute settlement mechanisms. However, the satisfaction with this dispute resolution mechanism has decreased, and investment arbitration is suffering from a crisis of legitimacy.

In this context, the European Union has adopted a new policy regarding investment dispute settlement mechanisms and investment treaties.

The dissertation ends with an analysis of the new European approach to investment arbitration, and the legal nature of the investment dispute settlement mechanisms created by the TTIP and CETA Agreements, signalling potential legal issues that this new approach may create.

Keywords: Foreign Investment Law, Investment Arbitration, CETA Agreement, TTIP Agreement, Alternative Dispute Resolution Mechanisms

Nota Prévia

O modo itálico é utilizado para destacar transcrições de legislação, citações de bibliografia ou palavras em língua estrangeira.

A legislação citada encontra-se atualizada até ao dia 8 de maio de 2019.

As traduções de enunciados originalmente disponibilizados em línguas estrangeiras são da responsabilidade da autora.

Principais Abreviaturas:

BIT – Bilateral Investment Treaty (Treaties)

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CETA – Comprehensive Trade and Economic Agreement

CIRDI (ou ICSID) – Centro Internacional Para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos

CVDT – Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados

TCE – Tratado que estabelece a Comunidade Europeia

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TIJ – Tribunal Internacional de Justiça

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TTIP – Transatlantic Trade and Investment Partnership

TUE – Tratado da União Europeia

ÍNDICE

1. Introdução	1
2. Considerações Iniciais	11
3. Mecanismos Jurisdicionais de Resolução de Litígios com Investidores	14
4. Mecanismos Jurisdicionais de Litígios com Investidores	27
4.1. Mecanismos Judiciais de Resolução de Litígios com Investidores	27
4.1.1. Tribunais Estaduais	27
4.1.2. Tribunais de Direito Internacional Público	33
4.1.2.1. A Proteção Diplomática no Sistema CIRDI	39
4.1.2.2. Tribunal Internacional de Justiça	43
4.1.2.3. Mecanismo de Resolução de Litígios da OMC	46
4.1.2.4. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	49
4.2. Arbitragem de Investimento	51
5. Incompatibilidade entre Mecanismos de Resolução de Litígios com Investidores e Direito da União Europeia	55
5.1. Competência para Negociar e Celebrar Acordos Internacionais	55
5.2. Atribuição de Jurisdição a um Tribunal Arbitral	61
5.2.1. Competência do Tribunal de Justiça da União Europeia	61
5.2.2. Tribunais Arbitrais e Reenvio Prejudicial	65
5.2.3. Atribuição de Jurisdição ao Tribunal Arbitral e Discriminação	71
6. Resolução da Incompatibilidade entre o Direito da União Europeia e os Acordos de Investimento	74
6.1. Solução dada pelo Direito da União Europeia	75
6.2. Solução dada pelo Direito Internacional Público	77
6.3. Tomada de Posição	87
6.4. Consequências da Violação do disposto nos Acordos de Investimento	89
6.5. Consequências da Violação do Direito da União Europeia	92
7. O Caso <i>Micula v. Romania</i> em Especial	95
7.1. Fase do Procedimento Arbitral	95
7.2. Fase da Anulação	96
7.3. Fase da Execução	97
8. O Novo Sistema Europeu de Tribunais de Investimento	100

8.1. O Impacto da Crise de Legitimidade da Arbitragem de Investimento	100
8.2. A Nova Política Europeia sobre Mecanismos de Resolução de Litígios de Investimento	103
8.2.1. O Caso Achmea	108
8.2.2. O Acordo CETA	110
8.2.3. O Acordo TTIP	126
8.2.4. Natureza Jurídica do Sistema Europeu de Tribunais de Investimento	129
8.2.4.1. Natureza Não Arbitral do Sistema Europeu de Tribunais de Investimento	129
8.2.4.1.1. Mecanismo Privado de Resolução de Litígios	132
8.2.4.1.2. A Designação dos Juízes	134
8.2.4.1.3. O Sistema de Recurso	138
8.2.4.1.4. Posição Adotada	142
8.2.4.2. Natureza Judicial do Sistema Europeu de Tribunais de Investimento	143
8.2.4.2.1. Direito Aplicável ao Mérito da Causa	146
8.2.4.2.1.1. Arbitragem Quási-Internacional Pública	146
8.2.4.2.1.2. Sistema Europeu de Tribunais de Investimento	154
9. Análise Crítica	161
10. Conclusão	175

Bibliografia

“The desire to innovate is driven by the perception that existing mechanisms do not fulfill the need of the parties. To the parties, the various mechanisms are not separate doctrines but, rather, alternatives that should be measured against their needs.”¹

“Either we believe that the State exists to serve the individual or that the individual exists to serve the state.”²

1. INTRODUÇÃO

A primeira parte do tema da presente dissertação - mecanismos de resolução de litígios com investidores – procura responder a um problema muito específico, mas de base universal. A integração de um elemento estrangeiro numa comunidade desde sempre levantou problemas delicados ao qual o Direito procurou responder, problemas que foram crescendo de complexidade até aos dias de hoje. A forma como o comércio internacional evoluiu, permitiu que hoje possamos falar de um Direito do Investimento Estrangeiro, que visa acautelar as relações de investimento entre investidores e os Estados que recebem o investimento³.

Quando falamos em litígios com investidores estrangeiros, falamos em litígios que opõem um investidor de um Estado e um outro Estado, tendo o diferendo como base um investimento feito no segundo Estado, aquele que recebe o investimento⁴. Ao Estado do

¹ Mary Ellen O’ Connell, *International Dispute Settlement*, Asgate Publishing, 2003, página 239.

² Ayn Rand.

³ Como nos diz Maximilian Clasmeier, *“Whenever a potential investor seeks to engage in economic activity in a foreign country, he will typically seek a stable and robust legal framework in which his investment – in whatever form it may be made – enjoys security.”* - Maximilian Clasmeier, *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, in *International Arbitration Law Library*, Volume 39, Kluwer Law International, 2016, página 25. O corpo de normas ao qual chamamos de Direito do Investimento Estrangeiro procura assegurar este clima de segurança ao investidor, essencial ao prosseguimento das atividades económicas. Sobre a autonomia deste ramo do Direito Internacional ver Dolores Bentolila, *Arbitrators as Lawmakers*, *International Arbitration Law Library*, Volume 43, Kluwer Law International, 2017.

⁴ De notar que ao abrigo da Convenção CIRDI e outros acordos internacionais, um diferendo que oponha um Estado e um investidor que apenas seja controlado por capital estrangeiro, independentemente da sua sede, constitui igualmente um litígio entre um Estado e um investidor estrangeiro. Tal visa responder ao facto de muitos investidores optarem por conduzir as suas atividades por via de uma entidade com sede no Estado recetor do investimento, por uma questão de isolamento do risco ou por exigências do quadro normativo local, como referem W. Michael Reisman e James R. Crawford. - W. Michael Reisman, James

investidor chamaremos Estado de origem e ao Estado que recebe o investimento (e o investidor), o Estado recetor do investimento. Embora a definição aparente ser simples, uma questão complexa surge desde logo: o que podemos entender por investimento.

Na presente dissertação não analisaremos a fundo a noção de investimento. A definição de investimento não consta da Convenção CIRDI, e em consequência da fragmentação das fontes de Direito do Investimento Internacional Estrangeiro o conceito pode ser entendido de várias formas, não existindo consenso quanto a esta questão. Uma definição pode ser procurada tanto na jurisprudência, como em acordos internacionais⁵, ou na doutrina⁶. O conceito de investimento que recolhe maior consenso foi desenvolvido no Caso *Salini*⁷, podendo ser definido como “*toda a operação em que se realiza uma afetação de meios produtivos, com uma certa duração de execução e participação nos riscos e que contribui para o desenvolvimento do Estado de acolhimento do investimento.*”⁸ À definição citada acrescentamos que é uma operação com fins lucrativos. Como exemplos clássicos de investimentos temos explorações petrolíferas, explorações mineiras, a construção de fábricas e até empréstimos para o desenvolvimento de infraestruturas.

Os litígios ligados a um investimento internacional têm uma série de especificidades que os distingue, quer dos litígios entre Estados, quer dos litígios comerciais *stricto sensu*. Independentemente da definição de investimento, a presente dissertação trata de litígios provenientes de relações em que uma pessoa, singular ou coletiva, alocou recursos num Estado estrangeiro, tendo a relação um enquadramento normativo internacional, no

R. Crawford, *Foreign Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, Kluwer International, 2014, página 10.

⁵ O artigo 1º do Tratado da Carta da Energia define investimento como todo o tipo de bens, pertencentes ou controlados, direta ou indiretamente por um investidor, associados a uma atividade económica relativa à exploração, extração, refinação, produção, armazenamento, transporte terrestre, transmissão, distribuição, comércio, comercialização ou venda de materiais e produtos energéticos. O tratado trata de investimento especificamente na área da energia, daí que esta definição não seja geral.

⁶ “*The characteristics sometimes asserted as inherent in the nature of investment include the following. First, it has a certain temporal duration. It does not involve a single sale. Second, there is a commitment by the investor of capital or something of monetary value. Third, there is an expectation of profit. It is not a non-profit enterprise. Fourth, there is an undertaking of risk by the investor, and sometimes by the host government as well. Another frequent (but subjective and therefore controversial) characteristic is the contribution of the investment to the development of the State, by building or enhancing its infrastructure or its economy, or otherwise contributing to it.*”- W. Michael Reisman, James R. Crawford, *Foreign Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, Kluwer International, 2014, página 10.

⁷ *Caso Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case n.º. ARB/00/4, *Decision on Jurisdiction*, 31 de julho de 2001, parágrafo 52.

⁸ Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, volume I, Almedina, Coimbra, 2015, página 192.

âmbito do qual se atribui jurisdição a uma autoridade não nacional. O enquadramento normativo tradicionalmente era fornecido por contratos de Estado⁹, celebrados entre o Estado e o investidor. No panorama atual estes contratos, dos quais emergem litígios, continuam a ser celebrados, mas as relações entre investidores e Estados passaram predominantemente a ser reguladas por acordos internacionais de investimento concluídos entre Estados, e um mecanismo de resolução de litígios tornou-se o paradigma: uma categoria de arbitragem internacional, a arbitragem de investimento¹⁰.

Tradicionalmente apenas os Estados constituíam sujeitos de Direito Internacional Público, sendo que os conflitos entre um cidadão ou empresa e um Estado apenas poderiam ser resolvidos por recurso à proteção diplomática, cabendo ao Estado do lesado entrar em conversações com o Estado que originava o conflito, intentando a sua resolução. Tendo em conta o princípio de imunidade dos Estados soberanos, a interposição de um litígio contra um Estado soberano estaria sempre dependente do consentimento do mesmo. Tal não se afigurava como ideal, nem para os investidores, nem para os Estados, dado que do ponto de vista do investidor estrangeiro, o quadro legal de proteção ao investimento é fundamental para a decisão de aplicação de fundos à Economia de outro Estado, tendo em conta a aversão ao risco que caracteriza os agentes económicos.

O Direito do Investimento Estrangeiro tem como fontes¹¹ fundamentalmente os acordos internacionais celebrados entre Estados, acordos que podem ser bilaterais, multilaterais,

⁹ Falamos aqui de contratos celebrados entre um Estado (ou uma entidade pública autónoma) e um estrangeiro, um nacional de outro Estado. A doutrina distingue entre contratos de Estado e contratos concluídos pelo Estado. Sobre esta matéria ver Lima Pinheiro, Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado, Almedina, Coimbra, 2003, página 716 e seguintes.

¹⁰ A arbitragem de investimento distingue-se da arbitragem de Direito Internacional Público, que visa a resolução de litígios entre Estados e Organizações Internacionais. Como nos diz Ana Perestrelo de Oliveira, não é a aplicabilidade de regras de Direito Internacional Público ao mérito da causa que qualifica a arbitragem como de Direito Internacional Público. - Ana Perestrelo de Oliveira, Arbitragem de Litígios com Entes Públicos, Almedina, Coimbra, 2015, página 25, nota de rodapé n.º 69.

¹¹ De notar que as decisões arbitrais de investimento não têm valor de precedente, mas relevam para decisões posteriores, por as partes basearem a sua argumentação em decisões anteriores, como foi referido pelo tribunal no Caso *El Paso*. O facto de os tribunais terem em conta a jurisprudência anterior tem trazido consistência e segurança ao sistema de resolução de litígios por via arbitral. – Vide Caso *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction*, 27 de abril de 2006, ICSID Case No. ARB/03/15, parágrafo 39: “ICSID arbitral tribunals are established ad hoc, from case to case, in the framework of the Washington Convention, and the present Tribunal knows of no provision, either in that Convention or in the BIT, establishing an obligation of stare decisis. It is, nonetheless, a reasonable assumption that international arbitral tribunals, notably those established within the ICSID system, will generally take account of the precedents established by other arbitration organs, especially those set by other international tribunals. The present Tribunal will follow the same line, especially since both parties, in their written pleadings and oral arguments, have heavily relied on precedent.”

ou de comércio livre e, que definem parâmetros de proteção do investimento estrangeiro¹² dentro do Estado que o recebe, e nos quais os Estados consentem previamente na jurisdição de um tribunal arbitral¹³. O Direito do Investimento Estrangeiro tem conhecido um crescimento considerável, com a proliferação de acordos de investimento e de litígios de investimento, resolvidos principalmente por via da arbitragem¹⁴.

Quando falamos em mecanismos de resolução de litígios de investimento¹⁵ estamos perante um quadro muito diversificado que inclui desde logo meios jurisdicionais e não jurisdicionais (ou meios diplomáticos). Falamos aqui da arbitragem de investimento, do recurso aos tribunais internacionais públicos em sentido estrito, aos tribunais estaduais, da conciliação e da mediação. Nenhum tribunal de Direito Internacional Público é especializado em litígios de investimento, mas podem ser resolvidos junto do Tribunal Internacional de Justiça (quando for proposto pelo Estado do investidor), o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos.

Na verdade, no plano internacional, são poucas as instâncias que permitem a um privado opôr-se a um Estado soberano tendo em vista a violação de um direito, ficando sujeito ao pagamento de indemnização pelos danos, caso a conduta seja tida como ilícita. Tal verifica-se no âmbito do Direito do Comércio Internacional Geral, onde condutas ilícitas tomadas por Estados que afetem negativamente a situação económica de entes privados, apenas podem ser invocadas por outros Estados, como se verifica no âmbito do quadro

¹² O núcleo duro do Direito do Investimento Estrangeiro substantivo inclui disposições como o tratamento *fair and equitable*, a cláusula da nação mais favorecida, *full protection and security*, *umbrella clauses* e de normas que incidem sobre expropriação. Para um resumo do que consistem estas disposições ver Maximilian Clasmeier, *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, in *International Arbitration Law Library*, Volume 39, Kluwer Law International, 2016, páginas 29-34.

¹³ Consultado o site da UNCTAD, cerca de 2.440 dos 2.571 acordos mapeados prevêem meios de resolução de litígios entre Estados e investidores.

Vide <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>

Segundo a Comissão Europeia, cerca de 1.400 dos 3.000 acordos de investimentos que se encontram em vigor globalmente têm como parte um Estado-Membro da União Europeia. Neste sentido ver o *concept paper* citado na nota de rodapé n.º 1.

¹⁴ No pós-segunda guerra mundial, a proteção dos investidores estrangeiros foi sendo contruída à volta de quatro pilares: *fair and equitable treatment*; proteção contra expropriação; liberdade de transferência; e a possibilidade de os litígios emergentes destas relações de investimento serem resolvidas perante um tribunal arbitral internacional.

¹⁵ Existem ainda programas de seguro contra riscos políticos (*political risk assurance*) como a expropriação, mudanças cambiais e a violência política. Estes programas foram adotados em países como o Reino Unido, os EUA, a França e a Alemanha e ainda no seio do Banco Mundial, através do programa MIGA, visando assegurar o investidor nacional no estrangeiro. De notar que não estão em causa mecanismos de resolução de litígios, mas meros mecanismos de ressarcimento do investidor por parte de seguradoras.

normativo da Organização Mundial de Comércio. Referentemente aos litígios de investimento, tal não só se verifica, como pode ser feito sem a intervenção, ou sequer o aval no caso concreto, do Estado de origem, o que explica que em praticamente todas as arbitragens entre Estados e investidores caiba aos investidores o papel do queixoso¹⁶.

Essencialmente podemos falar em quatro mecanismos de resolução de litígios com investidores: a negociação, onde cabe às partes debater entre si qual a resolução do conflito; a mediação ou conciliação, estando aqui englobados os mecanismos de resolução que incluam a intervenção voluntária de um terceiro, cujo papel é alcançar um consenso; a arbitragem, onde o litígio é adjudicado a terceiros cuja decisão será vinculativa; e por fim, a interposição do litígio perante um tribunal judicial, nacional ou internacional. Como realçado por Jeswald W. Salacuse¹⁷, da negociação à interposição da ação junto de um órgão judicial, as partes gradualmente dispõem de menor controlo sobre a decisão¹⁸.

Na presente dissertação não dedicaremos um capítulo específico à negociação, dado que a negociação acaba por estar presente nos restantes três mecanismos¹⁹. Serão analisadas a mediação e a conciliação enquanto mecanismos de resolução de litígios não jurisdicionais ou diplomáticos. Por outro lado, o foco cairá sobre os mecanismos de resolução de litígios com investidores de natureza jurisdicional, em especial a arbitragem

¹⁶ Como nos diz Jeswald W. Salacuse: “Two reasons may explain why states rarely initiate international arbitration cases against investors. First, host states generally consider their internal legal processes, namely their domestic regulatory powers and judicial functions, sufficient to handle their claims against investors in the event of dispute. Second, bilateral investment treaties grant investors rights but rarely impose on them obligations that host states may enforce through arbitration.” - Jeswald W. Salacuse, Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution, in Fordham International Law Journal, Fordham University School of Law, Nova Iorque, 2007, página 145.

¹⁷ Jeswald W. Salacuse, Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution, in Fordham International Law Journal, Fordham University School of Law, Nova Iorque, 2007, página 154.

¹⁸ “In relying on negotiation alone, the parties retain complete control over their dispute. In mediation, they still maintain control over their dispute but the very presence of a third person changes the dynamics between them and can influence their actions. Arbitration requires an agreement by the parties to submit to the process; however, once a dispute is referred to arbitration, the arbitral panel controls the dispute and has the power to impose a decision according to the applicable law. In adjudication, the jurisdiction and procedure of the courts is based on law rather than on the parties agreement, as is the case in arbitration.” - Jeswald W. Salacuse, Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution, in Fordham International Law Journal, Fordham University School of Law, Nova Iorque, 2007, página 154.

¹⁹ De notar que praticamente todos os acordos internacionais de investimento dispõem que na eventualidade de surgir um conflito as partes devem entrar em negociação, frequentemente durante um período definido de tempo, antes de aceder a outros mecanismos de resolução. Para ver sugestões de possíveis soluções para tornar a negociação mais apelativa ver - Jeswald W. Salacuse, Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution, in Fordham International Law Journal, Fordham University School of Law, Nova Iorque, 2007, páginas 166-167.

de investimento²⁰, por ser o método dominante de resolução deste género de conflitos e por ser relativamente a esta que a relação com o Direito da União Europeia se torna complexa e por vezes, problemática.

O tema nunca foi mais atual, especialmente com o crescimento dos movimentos populistas no seio da União Europeia, que têm por base uma desconfiança face ao capitalismo mundial e aos efeitos da globalização, onde comunidades inteiras sentem que foram prejudicadas em benefício de empresas multinacionais. Os mecanismos de resolução de litígios com investidores foram criados para equilibrar a relação entre Estados e entidades privadas, visando a proteção do investidor, que assumiria o papel da parte mais fraca. O panorama atual é muito diferente, dado que uma parte da opinião pública identifica os investidores como a parte mais forte. Os mecanismos de resolução de litígios com investidores são vistos como mais favoráveis aos investidores, que os utilizam para pressionar alterações legislativas junto dos Estados onde operam. Falamos aqui da crise da arbitragem de investimento, um fenómeno que marca o crescimento da desconfiança face à mesma. É este fenómeno que justifica a nova abordagem da União Europeia no que toca à configuração dos meios de resolução de litígios em sede dos acordos de investimento celebrados nos últimos anos.

A segunda parte da presente dissertação prende-se com a análise do novo sistema europeu de tribunais de investimento, nomeadamente da sua natureza.

Tradicionalmente a arbitragem de investimento configura-se como uma arbitragem quási-internacionalpública²¹. Falamos de arbitragem internacionalpública²² quando estão em

²⁰ Não abordaremos a arbitragem de investimento de carácter não internacionalpública e não quási-internacionalpública, ou seja, a simples arbitragem comercial internacional, no sentido teorizado por Lima Pinheiro: “*Entendo por arbitragem comercial internacional aquela que, não sendo organizada por uma Convenção internacional, tem por objeto litígios que põem em jogo interesses do comércio internacional. A esta arbitragem se refere o Cap. IX da Lei da Arbitragem Voluntária (doravante LAV) portuguesa e, em sentido mais amplo, o Cap. VII da LAV angolana. Por minha parte, prefiro designá-la por arbitragem transnacional em sentido estrito, evitando o qualificativo “comercial”, que se presta a equívocos. A arbitragem transnacional tem na maioria dos casos por objeto litígios entre empresas privadas que intervêm no comércio internacional, mas também pode dirimir litígios relativos a investimentos que surgem entre sujeitos públicos e investidores estrangeiros.*” - Luís de Lima Pinheiro, Introdução à arbitragem de investimentos no sector da energia perante as ordens jurídicas portuguesa e angolana, in Revista da Ordem dos Advogados, A. 75, n.º 1 (Jan.-Jun. 2015), 2015, página 25.

²¹ Sobre a caracterização deste tipo de arbitragem ver Luís de Lima Pinheiro, Introdução à arbitragem de investimentos no sector da energia perante as ordens jurídicas portuguesa e angolana, in Revista da Ordem dos Advogados, A. 75, n.º 1 (Jan.-Jun. 2015), 2015, páginas 21-25.

²² Como nos diz Lima Pinheiro, “*A situação é regulada na esfera da ordem jurídica internacional quando lhe for imediatamente aplicável Direito Internacional Público e os litígios que lhe dizem respeito forem*

causa arbitragens realizadas ao abrigo de instrumentos de Direito Internacional Público (convenções internacionais), entre sujeitos de Direito Internacional Público (os Estados) e onde a ordem jurídica internacional é necessariamente aplicável. A arbitragem quási-internacional pública, é aquela que é organizada ao abrigo de um instrumento de Direito Internacional Público, mas na qual os litígios têm origem na relação de investimento entre um privado (investidor) e um Estado (recetor do investimento). Adicionalmente, a ordem jurídica internacional não é necessariamente aplicável à questão principal, levantando problemas quanto à determinação do Direito aplicável ao mérito da causa. Este é o caso da arbitragem ICSID e das arbitragens organizadas ao abrigo do Tratado da Carta da Energia²³.

A Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados que criou o Centro Internacional Para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (na sigla inglesa, ICSID), uma organização internacional, celebrada em Washington em 1965 (também conhecida como a Convenção de Washington ou Convenção CIRDI) é a mais relevante para efeitos do estudo da Arbitragem de Investimento. Segundo as Regras Sobre Facilidades Adicionais de 1978, a arbitragem ICSID foi alargada a outros litígios²⁴, desde que pelo menos o Estado parte ou o Estado de que é originário o investidor seja membro da Convenção.

Além da regras da arbitragem CIRDI, muitos acordos de investimento bilaterais e alguns instrumentos multilaterais como o Tratado da Carta da Energia²⁵ oferecem hipótese de

apreciados por jurisdições fundadas no Direito Internacional Público.” - Luís de Lima Pinheiro, Direito Internacional Privado, volume I, Almedina, Coimbra, 2015, página 106.

²³ Ao abrigo do Tratado da Carta da Energia podem surgir dois tipos de litígios: litígios entre as partes contratantes (entre dois Estados) e entre um investidor e uma parte contratante. No primeiro caso, o artigo 27.º do TCE enuncia que os litígios relacionados com a interpretação e a aplicação do tratado devem ser resolvidos por via diplomática, e esta falhando, as partes podem recorrer a arbitragens *ad hoc* nos termos das regras do Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI/UNCITRAL). No caso dos litígios entre um investidor e um Estado, o investidor pode interpor a ação nos tribunais estaduais, pode recorrer a um procedimento de resolução de litígios acordado pelas partes ou recorrer à arbitragem internacional (artigo 26.º(2), alíneas (a), (b), e (c)). Nos termos do artigo 26.º (4)(a) do Tratado da Carta da Energia, dentro da arbitragem internacional, o investidor pode recorrer ao ICSID (quando ambos os Estados em causa sejam partes da Convenção ICSID), ao Mecanismo Suplementar do ICSID (quando apenas um Estado seja parte da Convenção ICSID), a uma arbitragem *ad hoc* organizada ao abrigo das regras da CNUDCI/UNCITRAL, ou por fim, ao Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo.

²⁴ Segundo o artigo 2.º do referido corpo de normas, estão aqui em causa litígios entre um Estado que não é parte da Convenção CIRDI ou um investidor que é nacional de um Estado que não é parte da Convenção, ou litígios entre investidores e Estados que caem na jurisdição do CIRDI, mas que não têm por base um investimento.

²⁵ O Artigo 26.º da Carta da Energia permite a escolha entre os tribunais nacionais, meios alternativos de resolução de litígios acordados entre as partes, a arbitragem CIRDI, o *Additional Facility* CIRDI (em

escolha ao investidor entre várias formas de resolução de litígios, como as regras da UNCITRAL²⁶, ou mesmo proceder à criação de mecanismos com uma configuração nova, como é o caso do Acordo CETA e do Acordo TTIP. Estamos assim perante um sistema fragmentado.

O conflito entre a Arbitragem de Investimento e o Direito da União Europeia é bem ilustrado numa passagem da sentença proferida no âmbito do Caso *Electrabel S.A. v. República da Hungria*²⁷:

*“Two important and potentially competing values are here at stake: the substantive and procedural protections of the rights of a foreign investor and the economic integration of EU Member States into the European Union operating under the rule of law. The task of this Tribunal is to ascertain the correct legal balance between these values, as required by the ECT, the ICSID Convention and the applicable rules and principles of international law.”*²⁸

De momento existem cerca de 158 Estados contratantes da Convenção do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (CIRDI, ou ICSID, em inglês), incluindo todos os Estados-Membros da União Europeia com exceção da Polónia. Por outro lado, o Tratado da Carta da Energia tem potencial para vir a desempenhar um papel importante na resolução de litígios no que toca às relações de investimento. O investimento estrangeiro desempenha um papel fundamental nos Estados com uma economia aberta ao exterior e, deve por esse motivo ser protegido.

Os tratados de investimento anteriores à criação do chamado sistema europeu de tribunais de investimento e a ordem jurídica europeia, não são necessariamente incompatíveis, tendo a Comissão reconhecido numa comunicação de 7 de julho de 2010²⁹ a importância

português Regras Sobre Facilidades Adicionais, de 1978), as regras da UNCITRAL e as regras da Câmara de Comércio de Estocolmo.

²⁶ A UNCITRAL não administra por si arbitragens, estando em causa arbitragens *ad hoc*, geralmente não organizadas por um centro institucional, e no qual são aplicáveis as regras da UNCITRAL. Quando as partes considerarem necessário, podem acordar livremente na escolha de um centro institucional que proceda à organização de arbitragens no qual sejam aplicáveis as regras da UNCITRAL. Na falta de acordo, a escolha caberá ao Tribunal Permanente de Arbitragem, sediado em Haia.

²⁷ Caso *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case n.º ARB/07/19, Award, 25 de novembro de 2015.

²⁸ Caso *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case n.º ARB/07/19, Award, 25 de novembro de 2015, parágrafo 4.113.

²⁹ Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 7 de julho de 2010, “Rumo a uma política europeia global em matéria de investimento internacional”, COM(2010)343/F1.

dos acordos de investimento para a proteção do investimento, e da existência de um sistema de resolução de litígios especializado. No que toca ao investimento, as preocupações das instituições europeias prendem-se com assegurar um tratamento não discriminatório entre os investidores, e por outro lado com assegurar as quatro liberdades no âmbito do Mercado Interno. Está em causa a coordenação entre o princípio do primado, a divisão de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, e o dever de suprir incompatibilidades que se verifiquem entre os tratados e outros acordos internacionais. Pela celebração de um acordo de investimento, as partes ficam obrigadas a cumprir as obrigações nele previstas, tendo em conta o princípio geral de direito da *pacta sunt servanda*, sendo que, por um lado o princípio do primado obriga os Estados-Membros a dar prevalência ao Direito da União Europeia.

A Comissão Europeia tem assumido um papel mais interventivo na arbitragem de investimento, sendo que no Caso *Electrabel S.A. v. República da Hungria*, o tribunal arbitral reconheceu que a Comissão foi além do papel de “*amicus curiae*” e que se tornou num *respondent* mais agressivo que a própria Hungria, no que toca a questões de jurisdição e da aplicabilidade do Direito da União Europeia³⁰.

A intervenção da Comissão é especialmente importante no que toca ao regime dos auxílios de Estado, sendo que a Comissão já declarou que a execução de uma sentença arbitral referente a um BIT interno pode subsumir-se no conceito de auxílio de estado para efeitos do Artigo 107.º Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (de em diante TFUE)^{31 32}. Os problemas de compatibilidade com o Direito da União Europeia colocam-se quanto a questões diversas, sendo que na presente dissertação serão analisadas as questões relacionadas com a resolução de litígios, e não com com normas substantivas.

³⁰ Caso *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case n.º ARB/07/19, Award, 25 de novembro de 2015, parágrafo 234.

³¹ Ver o comunicado de imprensa da Comissão Europeia intitulado “*State aid: Commission orders Romania to recover incompatible state aid granted in compensation for abolished investment aid scheme*”, de 30 de março de 2015. Aceder no link: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4725_en.htm

³² Neste sentido ver a decisão da Comissão: *COMMISSION DECISION of 18.3.2014 on action as a non-disputing party in the case U.S. Steel Global Holdings I B.V. (The Netherlands) v. The Slovak Republic before the Permanent Court of Arbitration at The Hague under the 1976 Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) pursuant to the Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic*, C(2014) 1676 final. Consultar a versão em inglês em: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2014/EN/3-2014-1676-EN-F1-1.PDF>

Por outro lado, a celebração do Acordo CETA³³, dos FTA³⁴ e do TTIP³⁵ vieram introduzir alterações no panorama da arbitragem de investimento, dado que a sua celebração visa a substituição dos acordos bilaterais de investimento e constituem uma nova abordagem aos mecanismos de resolução de litígios com investidores, nos casos do Acordo CETA e do Acordo TTIP. É em referência a estes que falamos na criação do sistema europeu de tribunais de investimento.

Para fins da delimitação da presente exposição, começaremos por distinguir entre mecanismos não jurisdicionais e jurisdicionais de resolução de litígios com investidores, descrevendo os mesmos.

O foco da dissertação passará seguidamente para a arbitragem de investimento e o panorama anterior à criação do sistema europeu de tribunais de investimento, e que desafios de compatibilidade com a ordem jurídica europeia é que o mesmo levanta, como a competência para celebrar estes acordos de investimento e a atribuição de jurisdição ao tribunal arbitral. De seguida será analisada a forma de resolução desta incompatibilidade, quais as consequências da violação de um acordo de investimento e por outro lado, quais as consequências da violação da ordem jurídica europeia.

Por fim, analisaremos a configuração do novo sistema europeu de tribunais de investimento, em especial a sua natureza e quais as consequências do surgimento destes novos mecanismos de resolução de litígios com investidores.

³³ *Comprehensive Trade and Economic Agreement* (CETA), entre o Canadá e a União Europeia.

³⁴ *Free Trade Agreements* (FTA), celebrados com países como o Vietname, o Japão e Singapura.

³⁵ *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP), entre os Estados Unidos da América e a União Europeia.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O comércio internacional é um elemento da vida humana em sociedade desde as primeiras trocas comerciais entre comunidades primitivas, ganhando apenas um teor verdadeiramente internacional com a época da expansão marítima. Por sua vez, o investimento estrangeiro começa a ganhar os seus contornos atuais a partir de meados do século XIX, com a evolução tecnológica e a criação de formas jurídicas complexas de acumulação e aplicação do capital, na forma de sociedades comerciais com capacidade para aplicar fundos fora do território do Estado de origem. Não tardaram a surgir conflitos relativamente a condutas do Estado recetor do investimento, em especial nacionalizações³⁶, caracterizados por um acentuado desequilíbrio entre as partes, dado o princípio clássico de Direito Internacional Público de soberania territorial.

No último século é possível falar num verdadeiro processo de relativização da posição hegemónica dos Estados, que culminou no reconhecimento da pessoa humana como sujeito internacional com a proteção internacional dos Direitos do Homem, como nos diz Jorge Bacelar Gouveia³⁷. Tal verificou-se verdadeiramente apenas no pós-segunda guerra mundial, onde se chegou à conclusão tardia de que os direitos dos indivíduos devem ser internacionalmente protegidos contra atuações de Estados soberanos. Este reconhecimento tornou possível que um direito de um privado se pudesse opor a uma pretensão estadual num contexto internacional, fora do ambiente dos tribunais estaduais. Previamente a este estado de coisas, deparando-se com tribunais estaduais parciais ou obrigados a concordar com a pretensão do Estado recetor do investimento, a parte lesada tinha apenas como recurso a intermediação do Estado de origem. Falamos aqui da proteção diplomática que os Estados atribuem os seus nacionais. Caberia assim ao Estado de origem entrar em conversações diplomáticas com o Estado recetor, podendo propor

³⁶ De notar que a Assembleia Geral das Nações Unidas emitiu, em 1962, a Resolução 1803 (XVII), sobre soberania sobre recursos naturais, na qual declarou que os governos têm autoridade para nacionalizar investimentos que impliquem os seus recursos naturais, desde que os investidores sejam adequadamente compensados pela sua perda de propriedade.

³⁷ Jorge Bacelar Gouveia, Manual de Direito Internacional Público: Uma Perspetiva de Língua Portuguesa, Almedina, Coimbra, 2017, páginas 543-544.

uma queixa formal em nome do lesado se assim entendesse, a ser resolvida por um tribunal *ad hoc*, enquanto tribunal constituído numa base de caso a caso³⁸.

O conflito teria assim diversas formas de resolução, que vão buscar a sua origem à prática internacional e que a doutrina tem vindo a categorizar em mecanismos diplomáticos e mecanismos jurisdicionais. A resolução diplomática de um conflito consiste na adoção de um (ou de vários) dos procedimentos típicos de resolução pacífica de conflitos entre Estados, a saber, a negociação, os bons ofícios, a mediação, a conciliação, a negociação direta e a intervenção de organismos internacionais. Por outro lado, os meios jurisdicionais teriam por base a doutrina da proteção diplomática (que será analisada no ponto relativo à resolução de litígios com investidores em sede de tribunais internacionais), cuja formulação teve na origem o facto de os indivíduos apenas constituírem sujeitos de Direito Internacional quando fossem objeto de normas de Direito Internacional, assim como as pessoas coletivas privadas, o que não se verificava. Quer os meios diplomáticos, quer os meios jurisdicionais que aqui mencionamos, dizem respeito à relação internacional entre dois Estados, e não a uma relação litigiosa entre um investidor e um Estado estrangeiro.

Ambas as opções não oferecem uma garantia segura na perspetiva do investidor, dado que ambas dependem da intermediação do Estado do qual o lesado é cidadão tendo em vista a resolução do conflito, daí que tenham acabado por surgir mecanismos mais adequados à proteção do investimento estrangeiro.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial iniciou-se um novo período na História da Humanidade e do Direito Internacional, com o surgimento de uma vaga de descolonizações que resultou em nacionalizações em massa de investidores estrangeiros por parte de Estados que previamente tinham tido o estatuto de colónias, durante as décadas de 60 e 70. É neste panorama que surge a Convenção CIRDI no seio do Banco Mundial, tendo em vista a criação de um quadro normativo que permitisse a resolução de litígios com investidores de forma despolitizada.

O primeiros acordos bilaterais de investimento a prever cláusulas sobre arbitragem de investimento surgem em 1968 e 1969, tendo sido celebrados pela Indonésia e os Países

³⁸ Para ler mais sobre este tema consultar W. Michael Reisman, James R. Crawford, *Foreign Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, Kluwer International, 2014, páginas 3-4.

Baixos³⁹, e pela Itália e pelo Chade⁴⁰, marcando o fim da era dos acordos de amizade, comércio e navegação⁴¹, mas não o início da era da arbitragem de investimento. Tal deveu-se ao facto de muitas economias emergentes encontrarem-se ainda relativamente fechadas ao investimento estrangeiro. Só com o fim da Guerra Fria e a queda do Bloco Soviético é que o investimento direto estrangeiro sofre um aumento exponencial e é criado um mercado capitalista a nível global, e com ele o número de acordos bilaterais de investimento alargou-se, assim como o número de Estados contratantes da Convenção CIRDÍ⁴², tendo sido celebrados acordos multilaterais como os já referidos acordo da NAFTA e o Tratado da Carta da Energia. A generalização da celebração de acordos internacionais que permitam aos investidores o acesso a mecanismos de resolução de litígios específicos e despolitizados, como a arbitragem, veio tornar a intermediação da proteção diplomática bastante menos apetecível.

Como nos diz Christoph Schreuer⁴³, tal serviu os interesses de ambas as partes: o investidor passou a ter acesso direto a um mecanismo despolitizado cuja resolução depende de critérios jurídicos, enquanto o Estado não fica diretamente envolvido no diferendo e pode prosseguir livremente com a sua política internacional. No entanto, como veremos, a proteção diplomática não foi ainda completamente ultrapassada e continua a constituir uma opção, reunidos certos requisitos que serão analisados na presente dissertação.

³⁹ Acordo bilateral de investimento celebrado entre a a Indonésia e os Países Baixos, em 7 de julho de 1968, artigo 22.º

⁴⁰ Acordo bilateral de investimento celebrado entre a República Italiana e a República do Chade, em 11 de junho de 1969, artigo 7.º. Previamente, o acordo bilateral de investimento celebrado entre a Alemanha e o Paquistão, considerado o primeiro BIT, previa a jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça sobre litígios emergentes do acordo, podendo em alternativa as partes (ou seja, os Estados, e não os investidores) submeter o litígio perante um tribunal arbitral. Ao abrigo deste acordo, os investidores poderiam apenas aceder a um tribunal internacional por via da proteção diplomática.

⁴¹ Os tratados de amizade, comércio e navegação (em inglês sob a sigla FCN), são um género de acordos internacionais muito populares no século XIX, que tipicamente incluíam provisões sobre investimento estrangeiro, não prevendo cláusulas arbitrais.

⁴² À data a Convenção tem cerca de 154 Estados Contratantes e 9 Estados a aguardar a ratificação.

⁴³ Christoph Schreuer, *Investment Protection and International Relations*, in A. Reinisch & U. Kriebaum, *The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Eleven International Publishing, Países Baixos, 2007, página 347.

3. MECANISMOS NÃO JURISDICIONAIS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS COM INVESTIDORES

Conjuntamente com os mecanismos jurisdicionais surgiram assim os chamados mecanismos alternativos de resolução de litígios (*ADR*, na sigla inglesa, como muitas vezes a doutrina se refere aos meios em causa)⁴⁴, ou mecanismos não jurisdicionais ou diplomáticos, como iremos referir na presente dissertação. No âmbito do Direito do Comércio Internacional, quando falamos em mecanismos alternativos de resolução de litígios⁴⁵ falamos nos métodos que conduzem a uma decisão adotada de forma voluntária, que não é imposta por qualquer árbitro, juiz ou autoridade, seguindo a definição de Michael E. Schneider⁴⁶: a negociação, a mediação e a conciliação⁴⁷.

Como foi referido *supra*, não dedicaremos uma porção da presente dissertação a analisar a negociação, dado que não tem propriamente uma regulação normativa, que é um processo presente em todas as relações interpessoais e que pertence quase a um espaço livre de Direito.

Adicionalmente, cumpre referir a previsão de um período de “*cooling-off*” em diversos acordos, cujo objetivo é permitir a possibilidade de as partes resolverem o litígio de forma amigável, antes que sejam iniciados procedimentos arbitrais. Estas disposições levantam problemas sobre a natureza da obrigação de atender ao período em causa, sendo passível de invocação pelas partes, que uma pré-condição do procedimento arbitral não se encontra reunida quando este período não seja observado. Discute-se assim a natureza do dever em

⁴⁴ Para compreender qual a dimensão dos referidos mecanismos, segundo os dados da UNCTAD cerca de 624 dos 2.571 acordos mapeados incluem disposições sobre mecanismos alternativos de litígios.

Vide <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>

⁴⁵ Falando num plano estritamente nacional, a expressão mecanismos alternativos de resolução de litígios inclui igualmente a arbitragem, dado que configura também uma alternativa aos tribunais judiciais. No âmbito do comércio internacional o paradigma é a arbitragem internacional, sendo a resolução de conflitos por via de órgãos judiciais residual. Na presente dissertação, utilizaremos por isso a expressão com o segundo significado, enquanto alternativa aos mecanismos de resolução de litígios judiciais.

⁴⁶ Michael E. Schneider, *Investor-State disputes – Moving Beyond Arbitration*, in *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Editado por Laurence Boisson de Chazournes, Marcelo G. Kohen e Jorge E. Viñuales, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013, página 121.

⁴⁷ Não trataremos das chamadas *Dispute Prevention Policies*, dado que visam a prevenção de um litígio e operam num momento anterior ao dos mecanismos de resolução de litígios, situando-se fora do âmbito material da presente dissertação. Nestes incluem-se os procedimentos de *fact-finding* previstos nas Adicional Facility Ryles do CIRDI, onde há lugar à criação de um comité que procura investigar os factos relevantes e emitir um relatório. Sobre esta questão ver o relatório da UNCTAD. - UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Organizações das Nações Unidas, Nova Iorque e Genebra, 2010, página 65 e seguintes.

causa e quais as consequências da sua não observância. Algumas decisões não tomam sequer posição quanto a esta questão⁴⁸, sendo que a distinção entre admissibilidade e jurisdição não é sequer consensual⁴⁹. Por outro lado, algumas decisões têm classificado o respeito pelo “*cooling-off period*” como um requisito de procedimento⁵⁰.

Como nos diz Martina Polasek⁵¹, a distinção não é irrelevante, dado que sendo considerado um requisito processual torna-se um requisito não absoluto, cuja não observância pode não ter consequências quando se demonstrasse que um período de negociação seria inútil e que o processo arbitral seria iniciado de qualquer forma⁵². Na prática tal tornaria as normas referentes ao “*cooling-off period*” inúteis, podendo o investidor desconsiderar o cumprimento deste preceito conforme fosse essa a sua vontade. Se a aplicação do preceito dependesse da sua utilidade em concreto, então o período de tempo não teria de ser observado quando uma tentativa de negociação tivesse já sido feita sem resultados⁵³. Como nos diz a autora, as decisões arbitrais sobre esta questão aparentam debater-se entre a eficácia e as finalidades deste dever⁵⁴.

A consequência da não observância deste dever é também objeto de debate. Christoph Schreuer sugere que apenas casos de má fé (onde o início do procedimento arbitral fosse

⁴⁸ Neste sentido ver o Caso *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, *Decision on Jurisdiction*, 14 de janeiro, 2004, parágrafo 88. No caso *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, o tribunal entendeu que uma parte do pedido do autor não tinha sido comunicado à outra parte, não tendo havido lugar a um período de negociação diplomática, sendo por isso “*irreceivable*”. – Caso *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, *Award*, 10 de fevereiro de 1999, parágrafo 93.

⁴⁹ Vide o Caso *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, onde o tribunal entendeu que a distinção não era relevante porque o tribunal lida apenas com questões de jurisdição e competência. – Caso *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, *Decision on Jurisdiction*, 14 de janeiro, 2004, parágrafo 33. Noutro sentido, o Caso *LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A v. People's Democratic Republic of Algeria*, onde o tribunal distinguiu os problemas de jurisdição e de admissibilidade, mas declarou que a distinção não tem consequências práticas no âmbito da CIRDI, dado que o mecanismo de revisão será o mesmo. – Caso *LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/5/3, *Decision on Jurisdiction*, 12 de julho, 2006, parágrafo 58.

⁵⁰ Vide o Caso *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL, *Award on Jurisdiction*, 24 de junho de 1998, parágrafo 85. No âmbito da CIRDI, ver o Caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, *Decision on Jurisdiction*, 6 de agosto de 2003, parágrafo 184. Nesta decisão, o tribunal entendeu que o período de consulta é “*directory and procedural*”, em vez de “*mandatory and jurisdictional*”.

⁵¹ Martina Polasek, *The Consultation Period Requirement in Investment Treaties as a Matter of Jurisdiction, Admissibility or Procedure*, in *News from ICSID*, Volume 23(1), 2006, página 17.

⁵² De notar que tal juízo hipotético é extremamente difícil, podendo questionar-se até que ponto um árbitro tem legitimidade para aferir as intenções das partes quanto à possibilidade de entrarem em negociação previamente ao processo arbitral.

⁵³ Neste sentido, o Caso *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, *Award*, 16 de setembro de 2003, parágrafo 14.3.

⁵⁴ Martina Polasek, *The Consultation Period Requirement in Investment Treaties as a Matter of Jurisdiction, Admissibility or Procedure*, in *News from ICSID*, Volume 23(1), 2006, página 17.

usado como forma de pressionar a outra parte) devem originar o encerramento do processo arbitral. Nos restantes casos, do seu ponto de vista⁵⁵, o demandante deverá apenas ser condenado ao pagamento de uma quantia monetária, como se verificou no Caso *Ethyl Corporation v. Government of Canada*⁵⁶. De notar que outra solução foi proposta no âmbito do Caso *Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine*, onde houve lugar à suspensão dos procedimentos até que o período de consulta fosse respeitado⁵⁷.

Passando para a mediação e a conciliação, a distinção entre ambos os mecanismos não é propriamente clara junto da doutrina⁵⁸, e no âmbito da resolução de litígios com investidores os dois mecanismos são tratados muitas vezes de forma conjunta, sem distinção, daí que na presente dissertação sejam tratadas e analisadas em conjunto.

Teoricamente a conciliação distingue-se da mediação, mas ambas têm sido definidas como processos voluntários no qual uma terceira pessoa intervém no conflito, auxiliando as partes a alcançar um acordo, utilizando a definição dada por Jeswald W. Salacuse⁵⁹. Como é enunciado pelo autor, a conciliação aparenta não ser mais do que uma forma de mediação com um âmbito mais restrito, por implicar a apresentação de uma proposta de solução para o problema, em vez de focar-se em facilitar a comunicação e em eliminar barreiras para que as partes alcancem um acordo. A conciliação tende a ser mais formal e estruturada no seu procedimento, resultando numa recomendação; enquanto na mediação, idealmente as recomendações devem ser feitas individualmente a cada uma das partes, onde o papel do mediador não é propor uma decisão mas estimular a

⁵⁵ Christoph H. Schreuer, “Travelling the BIT Route, Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road,” in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, No. 2, 2004, página 239.

⁵⁶ Caso *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, *UNCITRAL*, *Award on Jurisdiction*, 24 de junho de 1998.

⁵⁷ Caso *Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine*, *ICSID Case No. ARB/4/2*, Ordem de 16 de março de 2006.

⁵⁸ No que toca a relações de investimento a doutrina diverge quanto a esta questão, sendo que a maioria da literatura trata os termos mediação e conciliação como sinónimos (*vide* Jeswald W. Salacuse, *Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution*, in *Fordham International Law Journal*, Fordham University School of Law, Nova Iorque, 2007; Michael E. Schneider, *Investor-State disputes – Moving Beyond Arbitration*, in *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Editado por Laurence Boisson de Chazournes, Marcelo G. Kohen e Jorge E. Viñuales, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013; William Ahern, Dany Khayat, Chapter 21: Enhancing the Appeal of Conciliation under the ICSID Convention, in *Crina Baltag, ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Kluwer Law International, 2016), enquanto uma parte da doutrina opta por distinguir os dois conceitos e realizar uma análise distinta (*vide* Edna Sussman. - Edna Sussman, *The Advantages of Mediation and the Special Challenges to its Utilization in Investor State Disputes*, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Volume VII, Issue 27, São Paulo, 2010).

⁵⁹ Jeswald W. Salacuse, *Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution*, in *Fordham International Law Journal*, Fordham University School of Law, Nova Iorque, 2007, página 173.

comunicação entre elas, encontrando interesses em comum que lhes permitam caminhar em direção a um acordo, sendo apelidada de “*assisted negotiation*” por alguma doutrina⁶⁰. Na mediação o foco não é por isso a substância do litígio, ao contrário da conciliação e, naturalmente, dos métodos jurisdicionais de resolução de litígios com investidores.

A acrescer dificuldade ao tratamento destes mecanismos de resolução de litígios surge o problema da publicidade, dado que estes procedimentos são por natureza confidenciais, em contraste com os procedimentos judiciais⁶¹. A fronteira entre os conceitos é por isso tendencial, e não perfeitamente cimentada.

A conciliação enquanto mecanismo não jurisdicional de resolução de litígios entre investidores tem uma especial relevância no âmbito do enquadramento normativo da CIRDI, onde as regras sobre conciliação foram adotadas em 1967, ao mesmo tempo das regras sobre arbitragem⁶². De notar que alguns acordos bilaterais de investimento incluem disposições sobre conciliação por si, embora tal não se verifique frequentemente. Por outro lado, as partes podem sempre recorrer a elas independentemente da sua previsão no âmbito dos acordos internacionais, dado que constituem mecanismos de resolução de conflitos gerais, utilizados em diversos contextos que não o das relações entre investidores e Estados.

Estas disposições têm seguido três tipos de abordagem: a primeira das quais enuncia que as partes devem procurar em primeiro lugar resolver o litígio por via de uma negociação⁶³; a segunda abordagem prevê que as partes dispõem de ambas as opções em pé de

⁶⁰ Como nos diz Edna Sussman, trata-se de uma diferença de filosofia e de abordagem. - Edna Sussman, *The Advantages of Mediation and the Special Challenges to its Utilization in Investor State Disputes*, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Volume VII, Issue 27, São Paulo, 2010, página 56.

⁶¹ Um dos poucos casos conhecidos que cumpre referir é o caso da Conciliação entre a Tesoro Petroleum e o Estado de Trinidad e Tobago, que teve início em 1984 e teve como conciliador o Lorde Wilberforce, e foi na verdade o primeiro caso de conciliação seguindo as regras da CIRDI.

⁶² De notar que na preparação dos textos da Convenção CIRDI, Aron Broches, um dos arquitetos da convenção, terá declarado que “*it might well be found when the Convention came into operation, that conciliation activities under the auspices of the Centre proved more important than arbitral proceedings*”. – Vide Ben Love, Margrete Stevens, “Investor-State Mediation: Observations on the Role of Institutions”, in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, Vol. 3, 2010, página 14, e a bibliografia aí citada. Era assim esperado que o papel da conciliação e da mediação no âmbito do quadro da CIRDI fosse bastante importante, e não residual, como se veio a verificar.

No Relatório Anual da CIRDI de 2004 e de 2005 o centro anunciou esforços tendo em vista a promoção da conciliação, não se tendo tal vindo a verificar, nomeadamente pelo facto de o número de procedimentos arbitrais ter sofrido um aumento significativo.

⁶³ Acordo bilateral de investimento celebrado entre a Polónia e os Estados Unidos da América, em 21 de março de 1990; Acordo bilateral de investimento celebrado entre a Turquia e os Estados Unidos da América, em 3 de dezembro de 1985. De notar que esta abordagem é a formulação mais comum.

igualdade⁶⁴; por fim, a terceira abordagem exige que as partes tentem resolver o litígio por via da conciliação antes de recorrerem à arbitragem internacional, tornando o fracasso da resolução do litígio por via da conciliação uma verdadeira condição de admissibilidade de abertura do processo arbitral⁶⁵. A adoção desta terceira abordagem como forma de estimular o recurso à conciliação e à mediação tem sido debatida entre a doutrina⁶⁶ e, autores como William Ahern e Dany Khayat⁶⁷, defendem que as Regras CIRDI devem ser objeto de reforma para que tal se concretize, discordando de que os litígios com investidores sejam por natureza incompatíveis com mecanismos de resolução não jurisdicionais⁶⁸.

Ao abrigo da CIRDI, os métodos alternativos de resolução de litígios são mencionados nas regras sobre arbitragem, no artigo 28.º, segundo o qual qualquer Estado contratante, ou nacional de um Estado contratante, pode emitir um requerimento dirigido ao Secretário-Geral da CIRDI, tendo em vista a iniciação de um processo de conciliação. A Convenção CIRDI prevê ainda que deverá ser criada uma Comissão de Conciliação assim que possível, constituída nos termos acordados pelas partes, de acordo com o artigo 29.º do referido regime jurídico. Nos termos do n.º 1 do artigo 34.º da convenção, a Comissão de Conciliação é responsável por *“esclarecer os pontos em litígio entre as partes e desenvolver esforços no sentido de as fazer chegar a acordo em termos mutuamente aceitáveis. Nesse sentido, poderá a Comissão, em qualquer fase do processo e repetidamente, recomendar formas de resolução às partes. As partes deverão cooperar com a Comissão, de boa fé, por forma a permitir que a Comissão desempenhe as suas funções, e deverão considerar seriamente as suas recomendações”*. Havendo acordo a Comissão deve redigir um relatório referente aos pontos em litígio e ao acordo alcançado entre as partes⁶⁹. Não existindo quaisquer possibilidades de acordo entre as partes, o

⁶⁴ Acordo de Parceria Económica celebrado entre o Japão e a Indonésia, em 20 de agosto de 2007, artigo 69.º.

⁶⁵ Acordo bilateral de investimento celebrado entre a Índia e a Suécia, em 4 de julho de 2000.

⁶⁶ William Ahern, Dany Khayat, Chapter 21: Enhancing the Appeal of Conciliation under the ICSID Convention, in Crina Baltag, ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues, Kluwer Law International, 2016, páginas 545-547.

⁶⁷ William Ahern, Dany Khayat, Chapter 21: Enhancing the Appeal of Conciliation under the ICSID Convention, in Crina Baltag, ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues, Kluwer Law International, 2016, páginas 547 e seguintes.

⁶⁸ De notar que introduzir alterações à Convenção CIRDI implica um processo complicado, sendo necessário o consenso dos Estados contratantes da Convenção.

⁶⁹ Sobre as fases do processo de conciliação ver William Ahern, Dany Khayat, Chapter 21: Enhancing the Appeal of Conciliation under the ICSID Convention, in Crina Baltag, ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues, Kluwer Law International, 2016, páginas 527-528.

processo deverá ser encerrado, devendo acontecer o mesmo quando uma das partes não comparecer ou participar no processo, como nos diz o n.º 2 do artigo 34.º. A conciliação ao abrigo da CIRDI tem sido pouco utilizada⁷⁰, e tem sido objeto de uma série de críticas.

Em primeiro lugar, a doutrina tem invocado que o procedimento é rígido e ultra formal, ao ponto de na prática se tornar apenas uma arbitragem não vinculativa, dado que as regras procedimentais são muito similares às regras referentes ao procedimento arbitral, sem a vantagem de a decisão obrigar as partes⁷¹. O segundo argumento e o terceiro argumento dirigem-se à conciliação e à mediação em geral, e passa pelo facto de serem vistas como não compatíveis com a natureza política que muitas vezes os conflitos assumem e por fim, que se as partes quisessem resolver o conflito por via de uma negociação poderiam fazê-lo sem a intermediação de um terceiro ou de regras específicas como as regras CIRDI, tornando-se por isso desnecessárias⁷². Por fim, invoca-se que ao abrigo do artigo 34.º da convenção, a decisão do conciliador não vincula as partes.

No âmbito da conciliação, as partes dispõem também das Regras de Conciliação da UNCITRAL de 1980⁷³, que como nos dizem William Ahern e Dany Khayat⁷⁴, estas regras promovem uma maior flexibilidade no que toca ao papel do conciliador, como resulta do artigo 7.º(3)⁷⁵. As regras da UNCITRAL permitem às partes livremente interromper o processo de conciliação, ao abrigo do artigo 15.º, alínea (d), ao contrário das regras

⁷⁰ Consultado o Relatório Anual CIRDI, no ano de 2018, deram entrada cerca de cinquenta e seis processos de arbitragem, e apenas um processo de conciliação.

(vide <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2018ICSIDAnnualReport.ENG.pdf>)

⁷¹ É invocado que o procedimento não permite a acomodação de iniciativas espontâneas de encontrar um acordo e que obriga a que sejam seguidas as fases descritas. De notar que as regras sobre conciliação refletem um princípio geral pelo sistema da CIRDI, o chamado *principle of non-frustration of proceedings*, ou princípio da não frustração dos procedimentos, que visa salvaguardar a eficácia e eficiência do procedimento arbitral. Autores como Ben Love e Margrete Stevens questionam se este princípio é adequado quando aplicável aos mecanismos alternativos de resolução de litígios, onde as partes têm uma liberdade quase total. - Vide Ben Love, Margrete Stevens, “Investor–State Mediation: Observations on the Role of Institutions”, in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, Vol. 3, 2010, página 23.

⁷² Sobre qual o papel do mediador e conciliador e a sua importância ver Jeswald W. Salacuse, *Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution*, in *Fordham International Law Journal*, Fordham University School of Law, Nova Iorque, 2007, páginas 160-162.

⁷³ De notar que em 2004 a UNCITRAL lançou a Lei Modelo sobre Conciliação Comercial Internacional de 2002, à semelhança da lei modelo sobre arbitragem comercial internacional.

⁷⁴ William Ahern, Dany Khayat, Chapter 21: Enhancing the Appeal of Conciliation under the ICSID Convention, in *Crina Baltag, ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Kluwer Law International, 2016, páginas 533-534.

⁷⁵ Na tradução da autora: “O conciliador pode conduzir o procedimento de conciliação da forma que considere apropriada, levando em consideração as circunstâncias do caso, os desejos que as partes possam expressar, incluindo qualquer requerimento das partes para que o conciliador ouça alegações orais, bem como a necessidade de uma composição célere da disputa”.

CIRDI, que dispõem que a Comissão deve interromper o processo quando aparentar a improbabilidade de as partes chegarem a acordo⁷⁶. Por outro lado, como os autores bem salientam, as regras da UNCITRAL foram inicialmente concebidas para serem aplicadas entre duas entidades privadas, enquanto as regras CIRDI têm sempre em vista conflitos em que uma das partes é uma entidade privada e outra é um Estado, o que pode justificar um maior formalismo no procedimento⁷⁷.

Adicionalmente, surgem ainda as Regras de Mediação da Câmara de Comércio Internacional (doravante, CCI), cujo artigo 7.º, n.ºs 1 e 3 enuncia que o procedimento da mediação deve ser discutido entre as partes e o mediador, devendo o mediador seguir-se por padrões de justiça e imparcialidade. De notar que as regras da Câmara de Comércio Internacional ditam a sua aplicabilidade a todos os litígios comerciais, não sendo esclarecido se são aplicáveis a litígios com investidores. De forma similar às regras CIRDI, as regras da CCI determinam como deve decorrer o procedimento, a seleção do conciliador e os custos implicados. Adicionalmente, a CCI emitiu as *Dispute Board Rules*, onde se prevê a criação de um comité de litígios nos casos em que um contrato de longa duração seja celebrado, cuja função é assistir as partes quando um litígio surja durante a execução do contrato⁷⁸.

Por fim, no âmbito dos acordos de investimento bilaterais, é comum existirem cláusulas que estimulam, ou obrigam as partes, a negociarem antes de procederem à resolução arbitral do litígio. Tradicionalmente enuncia-se que as partes devam procurar previamente resolver o litígio por via de negociação (artigo 12.º(1) do BIT celebrado entre a Austrália e o Vietname, em 5 de março de 1991), ou que as partes devam quanto possível resolver o litígio por via de negociações amigáveis (artigo 13.º(1) do BIT celebrado entre a China e Singapura, a 21 de novembro de 1985), ou que o litígio deva ser resolvido de forma amigável entre as partes (artigo 8.º(1) do BIT celebrado entre França e o Panamá, a 5 de novembro de 1982). É comum que se preveja um período temporal para a resolução

⁷⁶ Artigo 30.º(2) das Regras de Conciliação da CIRDI.

⁷⁷ Os próprios autores acabam por reconhecer que a maior flexibilidade que provém das regras da UNCITRAL pode ser mais adequada para a resolução de conflitos que envolvam um Estado como uma das partes, dado que os conflitos rapidamente assumem um carácter político e as referidas regras permitem uma melhor adaptação à situação concreta. - William Ahern, Dany Khayat, Chapter 21: Enhancing the Appeal of Conciliation under the ICSID Convention, *in* Crina Baltag, ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues, Kluwer Law International, 2016, página 535.

⁷⁸ Cumpre referir ainda as regras do Centro Internacional de Resolução de Litígios, criado na alçada Associação Americana de Arbitragem, da Organização Internacional de Propriedade Intelectual, além das regras criadas no contexto de vários centros regionais e nacionais de arbitragem.

amigável (o chamado “*cooling-off period*”), normalmente entre três e seis meses, segundo o relatório da UNCTAD⁷⁹, sendo também indicado um período entre três e doze meses⁸⁰. Tal demonstra que os *ADR* são apresentados como acessórios à arbitragem internacional, não tendo um tratamento autónomo, dado que raramente foi abordada em sede de arbitragem a questão deste “*cooling-off period*” ter sido observado⁸¹.

A menção a mecanismos alternativos de resolução de litígios específicos, como a mediação e a conciliação, em sede de acordos bilaterais de investimento é já pouco frequente⁸². De notar no entanto, que o recurso a este tipo de mecanismos não está dependente da sua previsão em sede de acordo bilateral, dado que para tal é necessário apenas o consentimento das partes e a sua não proibição, o que se verifica⁸³.

A falta de flexibilidade não explica por si só a relativa impopularidade da conciliação em litígios entre Estados e investidores, em comparação com a arbitragem. Tem sido apontado que, uma vantagem importante da arbitragem é o facto de a responsabilidade da decisão ser transferida para o árbitro, enquanto na mediação e conciliação o resultado só pode imputado às partes, dado que a decisão é produto de uma negociação entre ambas. Este aspeto pode relevar tanto para o Estado recetor do investimento (que tem de enfrentar o julgamento da opinião pública), como para o investidor (sensível à perceção de acionistas e credores). A este aspeto acresce a burocracia que está necessariamente em causa quando uma entidade estadual participa num processo de mediação ou conciliação.

⁷⁹ UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Organizações das Nações Unidas, Nova Iorque e Genebra, 2010, página 41.

⁸⁰ Martina Polasek, *The Consultation Period Requirement in Investment Treaties as a Matter of Jurisdiction, Admissibility or Procedure*, in *News from ICSID*, Volume 23(1), 2006, página 14.

⁸¹ No Caso *Western NIS Enterprise Fund vs. Ucrânia*, o tribunal ordenou a suspensão do processo, por ter entendido que “*proper notice is an important element of the State’s consent to arbitration, as it allows the State, acting through its competent organs, to examine and possibly resolve the dispute by negotiations*” (vide Caso *Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine*, *ICSID Case No. ARB/04/2, Order*, 16 de março de 2006, parágrafo 5), e que por isso o investidor devia ter entrado em negociações com o Estado antes de iniciar o processo arbitral. Verifica-se que o “*cooling-off period*” tem tido aplicado de forma irregular pelos tribunais de investimento.

⁸² UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Organizações das Nações Unidas, Nova Iorque e Genebra, 2010, página 43.

⁸³ Diversos acordos bilaterais de investimento prevêem disposições relativas à importância da comunicação entre as partes e a partilha de informação, nomeadamente sobre possíveis litígios que possam emergir, sendo até previstos órgãos institucionais responsáveis por abordar estas questões. Neste sentido ver os exemplos referidos no relatório da UNCTAD. - UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Organizações das Nações Unidas, Nova Iorque e Genebra, 2010, páginas 47-50.

As vantagens da arbitragem não são, assim, absolutas, e meios como a conciliação podem surgir como preferíveis. Aliás, nos últimos anos têm surgido uma série de críticas que vêm fragilizar a noção de que a arbitragem é o meio mais adequado para resolver litígios com investidores⁸⁴. Tem sido invocada falta de previsibilidade das decisões e a falta de coerência da jurisprudência, nomeadamente porque estamos perante um sistema fragmentado. O Estado recetor do investimento pode deparar-se com a obrigação de pagamento de uma indemnização relativamente elevada face aos recursos financeiros de que dispõe, o processo arbitral representa por si custos elevados⁸⁵ e a decisão pode até implicar uma alteração de uma política que tivesse em vista o bem comum da sua população, com consequências negativas perante a perceção da opinião pública, ou até uma deterioração das relações internacionais entre o Estado recetor do investimento e o Estado de origem. Nos últimos anos tem também crescido o tempo médio de resolução destes litígios, podendo chegar a anos, enfrentado ainda um problema de legitimidade⁸⁶. Não deixa de ter igualmente custos significativos para os investidores, seja pelos custos relativos ao patrocínio legal, pelos custos administrativos associados⁸⁷ e pelo declínio das relações comerciais com o Estado recetor do investimento⁸⁸.

⁸⁴ De notar que países como a Bolívia e o Equador saíram da Convenção CIRDI, invocando artigo 71.º da convenção no dia 2 de maio de 2007, e no dia 6 de julho de 2009, respetivamente.

⁸⁵ Um processo de mediação ou conciliação pode acabar por não ser menos dispendioso e menos demorado que uma arbitragem. Tendo em conta a confidencialidade destes mecanismos e a falta de dados, torna-se difícil falar em números exatos.

⁸⁶ No centro dos litígios entre Estados e investidores não deixa de estar uma ação ou omissão de um Estado soberano, daí que estas decisões arbitrais possam ter consequências a nível da adoção ou execução de uma política pública por parte do Estado que seja parte do litígio. Tal veio colocar questões relativamente à legitimidade que os árbitros possam ter para influenciar políticas públicas quando não estão sujeitos aos mesmo níveis de transparência que os tribunais estaduais, ou até internacionais. Foi com base nesta crítica que surgiu o debate relativo à criação de uma instância de recurso no âmbito da arbitragem de investimento, questão que será mencionada num capítulo posterior da presente dissertação.

⁸⁷ Citamos os casos referidos no relatório da UNCTAD, sendo o primeiro dos quais o Caso *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, onde os custos para o autor atingiram os 4,6 milhões de dólares, enquanto os custos para o réu amontaram a 13,2 milhões de dólares. No segundo caso mencionado, o Caso *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. República da Hungria*, ICSID Case No. ARB/03/16, onde o tribunal arbitral ordenou que a totalidade dos custos fossem da responsabilidade da República da Hungria enquanto réu, no valor de 7,6 milhões de dólares. - UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Organizações das Nações Unidas, Nova Iorque e Genebra, 2010, página 18.

⁸⁸ Jeswald W. Salacuse, *Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution*, in *Fordham International Law Journal*, Fordham University School of Law, Nova Iorque, 2007, páginas 146-147.

Como realçado por autores como Jeswald W. Salacuse⁸⁹, apenas os meios alternativos de resolução de litígios com investidores, visam a preservação da relação comercial dos agentes económicos e o equilíbrio da satisfação dos interesses e necessidades de cada uma das partes. Por outro lado, como referido *supra*, um processo de mediação ou conciliação é confidencial no que toca às fases do processo e à decisão final, não podendo ser invocada como precedente em futuros litígios⁹⁰. De notar que estes mecanismos permitem um controlo total sobre o processo por parte das partes, dado que o consentimento do Estado sobre a submissão do litígio à arbitragem é normalmente dado previamente num acordo internacional, independentemente da existência de um litígio, consentimento este que não pode ser retirado de forma unilateral. Já nos mecanismos alternativos de litígios, o consentimento é necessário durante todos os momentos do processo, podendo ser livremente retirado a qualquer momento.

Adicionalmente, mecanismos como a mediação e a conciliação permitem a exploração de soluções criativas não jurídicas, dado que o pagamento de uma indemnização ou uma injunção não constituem a solução perfeita para a resolução de litígios com investidores. Em muitos casos, as partes podem preferir outro tipo de soluções que não impliquem uma compensação financeira, sem que as partes percam o controlo sobre a decisão⁹¹. Por outro lado, é invocado também que tendo em conta que a decisão final coube às partes, as mesmas mais facilmente seguirão o disposto na mesma⁹².

Invocámos as desvantagens associadas à arbitragem que se relacionam com a sua natureza e são por isso constantes, cumprindo referir uma crítica relacionada com a fragmentação do quadro normativo aplicável, dado que as diferentes regras relativas aos processos

⁸⁹ Jeswald W. Salacuse, Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution, in Fordham International Law Journal, Fordham University School of Law, Nova Iorque, 2007, página 156.

⁹⁰ De notar que como foi já referido, as decisões arbitrais não têm valor de precedente legal, não deixando de ser invocadas e de constituir muitas vezes a argumentação central das partes no âmbito das arbitragens.

⁹¹ Como nos diz Edna Sussman: “For example, a mediation may achieve acceptable compromises on how a construction project should be adjusted to suit all, what new commercial arrangement can be made to replace the one in dispute, what substitute investment may be available, how a project can be developed without harm to the environment and in a way that benefits the local community. Tools unavailable in court can be used to achieve resolution.” - Edna Sussman, The Advantages of Mediation and the Special Challenges to its Utilization in Investor State Disputes, in Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Volume VII, Issue 27, São Paulo, 2010, página 60.

⁹² Edna Sussman, The Advantages of Mediation and the Special Challenges to its Utilization in Investor State Disputes, in Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Volume VII, Issue 27, São Paulo, 2010, página 61.

arbitrais que se encontram disponíveis permitem por um lado uma maior escolha por parte dos agentes económicos, mas introduzem um problema de segurança jurídica.

Independentemente de outros fatores que possam contribuir para a prevalência da arbitragem⁹³, para tal contribui de forma determinante a relativa impopularidade dos mecanismos alternativos de resolução de litígios com investidores, pelos motivos apontados.

Tem sido invocado que as partes podem desconhecer a existência destes mecanismos, ou ignorar como encontrar mediadores ou conciliadores adequados, experientes em Direito Internacional e em técnicas de negociação. Ambos os fundamentos não são, no entanto, específicos da mediação ou da conciliação, podendo ser invocados quanto à arbitragem internacional, apesar de a mesma ser o paradigma no que toca à resolução de litígios entre investidores e seja por isso mais conhecida⁹⁴. De notar que nestes litígios estão em causa investidores que são empresas multinacionais com um poder económico significativo, que lhes permite o acesso a um excelente aconselhamento jurídico, parecendo difícil de acreditar que a reduzida utilização destes meios se deve a desconhecimento dos próprios mecanismos ou de personalidades competentes que possam constituir mediadores ou conciliadores adequados. Mais relevantes parecem ser os argumentos de que na ausência de uma decisão vinculativa, as partes podem não desejar iniciar um procedimento cujo resultado pode depois ser ultrapassado sem consequências, ou que pode ser utilizado como forma de ganhar tempo até ao estabelecimento de um procedimento arbitral inevitável⁹⁵. A própria confidencialidade e falta de transparência podem ser invocadas contra estes mecanismos de resolução de litígios entre investidores, dada a importância política que estas disputas muitas vezes ganham⁹⁶. Por outro lado, por muito que estes

⁹³ Jeswald W. Salacuse, *Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution*, in *Fordham International Law Journal*, Fordham University School of Law, Nova Iorque, 2007, páginas 148-153.

⁹⁴ Adicionalmente, cumpre referir que no âmbito do CIRDI e outras instituições, foram redigidas listas de possíveis conciliadores, daí que na prática este argumento não tenha muita força.

⁹⁵ De notar que o efeito não vinculativo da decisão é o principal motivo que pode levar as partes a adotar mecanismos alternativos de resolução de litígios. Por muito que possa ser considerado como um ponto negativo destes mecanismos é também a sua maior vantagem.

⁹⁶ Jeswald W. Salacuse refere ainda que estes mecanismos podem tornar-se indesejáveis por não enriquecerem a jurisprudência e não contribuírem para o Direito do Comércio Internacional, ou até por omitirem e sanarem condutas que são ilícitas de acordo com o Direito Internacional. Seguimos o entendimento do autor quando invoca que na base de qualquer mecanismo de resolução de litígios com investidores se encontra o entendimento das partes e a preservação do comércio internacional, sendo que o Direito do Comércio Internacional é um meio, e não um fim, não procedendo o argumento invocado. - Jeswald W. Salacuse, *Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute*

mecanismos sejam adequados para a resolução de certas questões (como o montante que a compensação financeira deve assumir de modo a satisfazer ambas as partes), tal pode não se verificar noutro tipo de questões (como a verificação se houve uma expropriação ilícita ou não).

Autores como William Ahern e Dany Khayat⁹⁷, invocam no entanto que na prática a conciliação não é residual face à arbitragem, referindo a percentagem de casos que são registados junto do CIRDI e que não resultam numa sentença arbitral, levando a acreditar que em muitos casos as partes alcançam algum tipo de acordo sem a mediação de terceiros. Os autores não deixam de realçar que a intervenção de um conciliador ou mediador traz uma maior eficácia ao procedimento⁹⁸. Por outro lado, uma arbitragem que tenha tido como antecedente um processo de mediação ou de conciliação bem conduzido, pode ser realizada de forma mais eficiente, rápida e menos conflituosa.

No âmbito do relatório da UNCTAD⁹⁹, são feitas uma série de propostas, desde a atribuição de competência a funcionários do Estado específicos com poder para resolver estes litígios de forma amigável, a uma maior previsão destes mecanismos no âmbito dos acordos bilaterais de investimento. Do lado dos profissionais jurídicos, a UNCTAD propõe uma maior difusão destes mecanismos e dos centros de arbitragem; refere que as mesmas devem proceder à flexibilização das regras sobre mecanismos alternativos de resolução de litígios. Previamente, no âmbito do Projeto de Relatório da UNCTAD de 2009, a UNCTAD tinha já feito sugestões, como a exigência de as partes recorrerem antes a este tipo de mecanismos como condição de admissibilidade do processo arbitral, ou a possibilidade de qualquer uma das partes poder iniciar procedimentos *ADR* paralelamente ao processo arbitral¹⁰⁰.

Resolution, in Fordham International Law Journal, Fordham University School of Law, Nova Iorque, 2007, página 179.

⁹⁷ William Ahern, Dany Khayat, Chapter 21: Enhancing the Appeal of Conciliation under the ICSID Convention', in Crina Baltag, ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues, Kluwer Law International, 2016, páginas 542-543. Os autores referem uma percentagem entre 30% e 40%, dados que retiram de bibliografia citada pelos mesmos. De notar que apesar da afirmação dos autores, os fundamentos por detrás da interrupção dos processos não estão sujeitos a registo, sendo por isso impossível chegar a uma conclusão sólida sobre qual o número de casos que improcedeu porque as partes chegaram a acordo.

⁹⁸ William Ahern, Dany Khayat, Chapter 21: Enhancing the Appeal of Conciliation under the ICSID Convention', in Crina Baltag, ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues, Kluwer Law International, 2016, página 543.

⁹⁹ UNCTAD, Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Organizações das Nações Unidas, Nova Iorque e Genebra, 2010, página 99 e seguintes.

¹⁰⁰ UNCTAD, Exploring Alternatives to Investment Treaty Arbitration and Other Dispute Prevention

Cumpra referir alguns dos poucos casos bem sucedidos de conciliação do qual existe conhecimento. Mencionamos aqui o Caso *Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad e Tobago*, o primeiro caso resolvido por conciliação ao abrigo das regras CIRDI, que teve como conciliador o Lorde Wilberforce, um juiz inglês reformado. Adicionalmente, cumpre referir de igual forma, o Caso *Vattenfall v. Polónia*, tendo como conciliador o Professor Wälde.

O debate em torno da reforma destes mecanismos de resolução de litígios com investidores, dá-se entre duas opções distintas, discutindo-se se a solução passa por uma maior flexibilidade ou se por outro lado, estes procedimentos precisam de uma abordagem mais estruturada através de instituições e organizações internacionais, para que possam ser tidos mais em conta.

No atual estado de coisas, a arbitragem de investimento é sem dúvida o paradigma no que toca aos mecanismos de resolução de litígios com investidores, sendo que não surgem elementos que indiquem que possa vir a ser destronada nos tempos próximos, apesar da criação do novo sistema europeu de tribunais de investimento¹⁰¹. A arbitragem é considerada não só um mecanismo de resolução de litígios com investidores, mas também um mecanismo de proteção dos investidores, despolitizado e independente, menos custoso e eficiente. A mediação e a conciliação não deixam de apresentar vantagens face aos meios jurisdicionais como analisado *supra*, podendo configurar uma solução mais desejável em muitos casos¹⁰².

De notar que estes mecanismos não têm uma relação conflituosa com a ordem jurídica europeia, pela sua natureza não jurisdicional.

Policies, Draft paper for discussion, Organizações das Nações Unidas, Nova Iorque e Genebra, 2009, página 42.

¹⁰¹ Ao abrigo do sistema CIRDI, até à data foram iniciados 11 casos de conciliação e 727 casos de arbitragem.

¹⁰² Para alterar o presente estado de coisas, Jeswald W. Salacuse propõe uma série de soluções para estimular o recurso a estes mecanismos, como a difusão dos mesmos por partes dos Centros de Resolução de Litígios com Investidores, a sua previsão normativa como fase necessária antecedente ao procedimento arbitral e a criação de um Centro Internacional de Mediação de Litígios com Investidores. - Jeswald W. Salacuse, Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution, in Fordham International Law Journal, Fordham University School of Law, Nova Iorque, 2007, páginas 180-185.

4. MECANISMOS JURISDICIONAIS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS COM INVESTIDORES

4.1. Mecanismos Judiciais de Resolução de Litígios com Investidores

4.1.1. Tribunais Estaduais

A resolução de conflitos por via da interposição de uma ação num tribunal estadual é ainda a forma mais comum de resolução de litígios em termos globais, apesar do notório crescimento e desenvolvimento da arbitragem, a nível interno e internacional. Tal não se verifica quanto ao comércio internacional, onde o paradigma é a resolução de litígios por via da arbitragem internacional, ou por via da arbitragem de investimento, no que toca às relações entre investidores e Estados. Alguns acordos internacionais tornam o esgotamento dos meios de resolução de litígios internos uma condição necessária para a abertura do processo arbitral. Independentemente das vantagens que a arbitragem possa apresentar face aos tribunais estaduais, dois fatores em específico vieram tornar a arbitragem o principal mecanismo de resolução de litígios com investidores.

Em primeiro lugar, a interposição de uma ação visando a resolução de um litígio relacionado com um investimento junto dos tribunais do Estado que praticou o ato ilícito levanta problemas de independência e imparcialidade, dado que pode verificar-se um controlo sobre os órgãos judiciais por parte do poder político do Estado recetor do investimento. A generalização da arbitragem internacional no âmbito do comércio prende-se com a vontade de despolitizar os litígios. Muitas vezes é igualmente invocado o facto de os juízes não serem conhecedores de Direito Internacional, contrariamente aos árbitros, que são seleccionados com base no seu conhecimento das matérias que estão em causa no litígio. Por outro lado, os tribunais estaduais pela lei nacional podem não ter sequer jurisdição para avaliar litígios que envolvem compromissos internacionais do Estado. Adicionalmente, muitas vezes os tribunais estaduais são vistos como ineficientes e lentos no que toca à resolução do litígio e à emissão de uma decisão¹⁰³. Por fim, como é referido no relatório da UNCTAD, o recurso à arbitragem internacional conseguiu alcançar uma boa reputação, tendo sido testada e aplicada em muitas disputas de cariz

¹⁰³ De notar que as vantagens apontadas são invocadas para justificar o recurso aos mecanismos de resolução de litígios alternativos aos tribunais estaduais em geral, mesmo no plano interno.

internacional¹⁰⁴. Os aspetos enunciados variam naturalmente de Estado para Estado, mas encontram-se na base da criação de mecanismos de resolução de litígios próprios para conflitos com investidores. Fundamentalmente, a arbitragem internacional permite assim um maior controlo sobre o processo de resolução do litígio, um controlo que começa logo pela escolha dos árbitros, e passa pelo local onde o procedimento deve decorrer e pela escolha da língua na qual o processo deve ser conduzido, colocando as partes em situação de igualdade, o que conduziu a que se tornasse a regra entre os mecanismos de resolução de litígios no âmbito do comércio internacional e em especial, nos litígios entre Estados e investidores.

Os aspetos enunciados constituem fatores que tornam a não interposição do litígio junto dos tribunais estaduais conveniente, mas não remetem para uma impossibilidade de o fazer. A questão ultrapassa, no entanto, um juízo de conveniência, dado que o poder dos tribunais estaduais para resolver estes litígios tem sido limitado por princípios jurídicos, como o princípio da imunidade dos Estados Soberanos e a doutrina dos atos de Estado.

Os tribunais estaduais podem ser chamados a resolver o litígio em vários tipos de situações. A primeira das quais passa pela possibilidade de os investidores poderem propor a ação no Estado de origem, em vez do Estado recetor do investimento. A questão coloca-se pelo facto de a proteção diplomática oferecer reduzidas garantias aos investidores e a arbitragem de investimento levantar ainda alguns problemas no que toca ao cumprimento das decisões. Em princípio, os tribunais do Estado do investidor apenas têm jurisdição no caso de existência de um acordo entre o investidor e o Estado estrangeiro no qual se atribua jurisdição aos mesmos, o que será raro. Primariamente a jurisdição pertencerá aos tribunais do Estado recetor do investimento¹⁰⁵, dado o princípio base de que a jurisdição deve pertencer aos tribunais do Estado onde o ato produz os seus

¹⁰⁴ UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Organizações das Nações Unidas, Nova Iorque e Genebra, 2010, página 15.

¹⁰⁵ De notar que pela Doutrina Calvo, teorizada pelo autor argentino Carlos Calvo no século XIX na sequência de uma série expropriações que ocorreram na América Latina, os investidores estrangeiros podem apenas receber o mesmo tratamento que é dado aos nacionais e os litígios podem apenas ser resolvidos nos tribunais nacionais do Estado recetor do investimento. Os investidores não poderiam por isso procurar ver o seu direito ressarcido por via da proteção diplomática. A Doutrina Calvo foi desde logo rejeitada pelos Estados Unidos da América e não foi adotada universalmente, tendo ainda assim prevalecido nos países da América Latina. Atualmente, na sequência das sucessivas crises económicas sofridas pela Argentina, o Governo argentino a partir de 2004 adotou legislação no sentido de os litígios que envolvam o Governo passem a pertencer à jurisdição exclusiva dos tribunais argentinos, defendendo um ressurgimento da Doutrina Calvo.

efeitos. Tal dependerá das regras de competência internacional aplicadas aos tribunais de cada Estado, podendo os investidores invocar elementos de conexão como a produção de efeitos do ato, a presença de bens com valor comercial ou o facto de o investimento implicar a prática de atos inseridos no âmbito de jurisdição do Estado de origem.

Pressupondo que o problema da própria competência internacional dos tribunais do Estado de origem para resolver o litígio é ultrapassado, surge o problema da imunidade dos Estados Soberanos. O princípio da imunidade dos Estados Soberanos opera em duas frentes, ao nível da jurisdição para resolver o litígio e ao nível da execução da decisão. De notar que independentemente de as partes invocarem o princípio da imunidade do Estado, o princípio da *Kompetenz-kompetenz* dita que cabe ao tribunal decidir sobre se tem jurisdição sobre um diferendo, podendo avaliar se tal obsta à sua competência mesmo que a questão não seja suscitada sobre as partes, sendo a regras nos tribunais estaduais de que as normas jurídicas são de conhecimento oficioso e dispensam a invocação pelas partes (princípio do *jura novit curia*).

A possibilidade de a ação ser interposta não junto dos tribunais do Estado recetor do investimento, mas junto dos tribunais do Estado do investidor, remete assim para o princípio de imunidade dos Estados soberanos, segundo o qual um Estado pode invocar que os tribunais estaduais de outro Estado não têm jurisdição para resolver litígios ou executar decisões, no qual seja parte.

Classicamente, o princípio da imunidade constituía uma proibição absoluta. A doutrina evoluiu no sentido da sua relativização, sendo circunscrita aos chamados atos de Estado, atos governamentais, próprios dos Estados, que não podem ser adotados por privados. Em consequência, como é entendido atualmente de forma praticamente universal, o princípio da imunidade dos Estados exclui do seu âmbito material os atos comerciais. Esta evolução veio levantar um novo problema, o da diferenciação entre atos de Estado e os chamados atos meramente comerciais, problema que tem sido amplamente debatido e tendo sido propostos critérios de distinção.

Um dos critérios que tem sido apontado, nomeadamente pela jurisprudência americana, é o da natureza do ato em detrimento dos seus fins, sendo a natureza avaliada consoante um privado possa ou não praticar o ato em questão. Este critério, releva especialmente em contratos que impliquem uma venda (à partida algo que qualquer privado poderia fazer), de recursos naturais que apenas estejam à disposição do poder governamental. A

jurisprudência americana tem assim entendido que um ato é comercial se puder ser praticado por um privado¹⁰⁶, sendo que esta regra não tem sido aplicada de forma absolutamente linear¹⁰⁷. Têm também sido invocados critérios como a forma como os contratos são negociados.

Como refere Muthucumaraswamy Sornarajah¹⁰⁸, esta diferenciação é especialmente difícil porque é o facto destes contratos serem celebrados por um Estado soberano que os distingue dos contratos celebrados entre privados, puramente comerciais. Os Estados têm poder para rescindir contratos com base no interesse público, podendo inclusivamente alterar o quadro normativo com vista ao término dos contratos em causa, poder que não assiste a nenhum privado. Daí que a diferenciação seja problemática, e os critérios teorizados pela Doutrina estão destinados a deparar-se com incoerências, porque procuram distinguir o que fundamentalmente não é diferenciável. Por outro lado, ressuscitar a perspectiva absoluta do princípio da imunidade diplomática, significaria retirar poder do lado dos investidores e devolvê-lo aos Estados, dado que tornaria impossível a resolução destes litígios perante os tribunais estaduais do Estado de origem, deixando apenas aberta a possibilidade de recurso aos tribunais do Estado recetor do investimento, cuja imparcialidade e independência podem ser postas em causa. No entanto, o presente estados de coisa acaba por não ser vantajoso para o investidor, dado que a diferenciação entre atos de Estados e atos comerciais será sempre analisada pelo tribunal de modo a que seja estabelecida a sua jurisdição, o que não traz segurança jurídica pelo facto de a distinção ser problemática e difícil.

Uma nacionalização de meios de produção detidos por investidores estrangeiros levanta por isso uma série de problemas, por ser um ato que muito dificilmente pode não ser visto como ato de Estado. Os litígios com base na ilicitude de uma nacionalização (avaliada não à luz do Direito interno, mas do Direito Internacional) podem ser propostos nos tribunais estaduais do Estado onde os bens ou os meios de produção se situem, nos

¹⁰⁶ Vide Caso *Walter Fuller Aircraft Sales v. Philippines*, *United States Court of Appeals, Fifth Circuit*, July 8, 1992, parágrafo 2 e a jurisprudência aí citada.

¹⁰⁷ Vide Caso *George Janini v. Kuwait University*, *United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit*, 20 de janeiro de 1995. No referido caso estava em causa a cessação dos contratos de prestação de serviços de professores universitários, terminados pelo Governo americano por decreto legal, na sequência da invasão do Kuwait pelo Iraque. O tribunal entendeu que não estava em causa um ato de Estado, dado que apesar de o término dos contratos ter operado por via de um decreto governamental, os contratos em causa constituíam prestações de serviços, não se aplicando por isso o princípio da imunidade dos Estados.

¹⁰⁸ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000, página 348.

tribunais arbitrais (quando esta opção se encontre prevista), ou nos tribunais estaduais do Estado que nacionalizou os bens ou meios de produção detenha por sua vez bens comerciais. Nestes casos, pressupondo que os tribunais estaduais afirmam que têm jurisdição sobre o diferendo, será analisada a questão da aplicação do princípio da imunidade dos Estados Soberanos. Sendo uma nacionalização um ato que implica um poder que apenas assiste aos Estados, é por isso, um ato de Estado. O investidor terá de mudar o foco para o contrato celebrado previamente com o investidor, invocando que a natureza comercial do mesmo implica que a nacionalização o seja também, para que a imunidade não opere. De notar que esta posição não tem sido adotada pela jurisprudência inglesa e europeia¹⁰⁹. Outro aspeto que tem vindo a ser debatido é se a previsão de uma cláusula arbitral no contrato pode ser interpretada como uma renúncia ao princípio da imunidade (como foi entendido por alguma jurisprudência americana¹¹⁰) ou se uma nacionalização sem a devida compensação constitui uma violação do direito de propriedade e por isso uma violação de um direito humano, sendo por isso afastado o princípio da imunidade dos Estados, como se verifica em casos de tortura.

De notar que essa exceção foi teorizada, passando pela invocação dos princípios de *ius cogens*, enquanto princípios imperativos de Direito Internacional que constituem a base da comunidade internacional. De acordo com esta doutrina, os tribunais estaduais têm jurisdição quando estejam em causa atos desconformes com estes princípios. Dado que o conteúdo dos princípios de *ius cogens* é muito debatível, esta exceção é de difícil aplicação.

Adicionalmente, cumpre referir que o investidor encontrará os mesmos obstáculos na fase da execução da decisão arbitral, onde o tribunal terá de aferir mais uma vez se a imunidade do Estado obsta à sua jurisdição.

Este segundo fator que referimos, o da imunidade, é já um fator jurídico, uma norma com origem no costume internacional e que tem vindo a sofrer uma evolução no sentido da

¹⁰⁹ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000, página 351.

¹¹⁰ *Vide* a jurisprudência citada em Muthucumaraswamy Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000, página 352. Seguimos o entendimento do autor quando critica estas decisões, dado que, da vontade de submeter um litígio a um tribunal arbitral não se pode interpretar uma vontade de afastar a aplicação do princípio da imunidade dos Estados soberanos perante tribunais estaduais. Na verdade, o recurso à arbitragem de investimento foi concebido como uma alternativa aos tribunais estaduais e depende sempre do acordo do Estado, expressado em sede do acordo ou contrato celebrado. Os dois tipos de tribunais têm de tal forma uma natureza distinta que não podemos retirar tal entendimento.

sua relativização, em especial na criação de exceções à imunidade quando estejam em causa atos comerciais, atos que possam ser praticados por um privado ou atos que tenham uma ligação especial com o Estado da jurisdição em causa. Não podemos falar, no entanto, numa aplicação uniformizada deste princípio. No caso europeu, foi celebrada a Convenção Europeia sobre a Imunidade dos Estados de 1972, a primeira convenção multilateral a reger esta matéria, e que adota uma perspectiva restritiva da imunidade. Segundo esta perspectiva os Estados estão apenas imunes da jurisdição de outros Estados quanto a atos praticados no contexto de poderes de soberania, conhecidos como *acta iure imperii*, em contraste com atos que podem ser praticados por privados, ou *acta iure gestionis*.

Em 2004 foi adotada a Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos Seus Bens, o primeiro tratado universal sobre a matéria que procurou codificar normas costumeiras internacionais, reduzir a incerteza e harmonizar as práticas entre os Estados. A convenção vem adotar também uma perspectiva restritiva, apesar de no artigo 5º definir como regra a imunidade dos Estados.

Como nos diz Hazel Fox¹¹¹, a doutrina da imunidade dos Estados é um mecanismo criado tendo em vista a resolução pacífica de conflitos entre Estados. Ao impedir que os indivíduos possam interpor ações contra Estados estrangeiros nos tribunais do seu Estado, a resolução do diferendo é retirada dos tribunais. Pelo princípio fundamental da separação de poderes, os tribunais estão adstritos a um dever de independência, devendo ignorar argumentos políticos e aplicar as normas legais em vigor, cujas decisões podem originar problemas políticos indesejáveis. A resolução do conflito passa a operar por meios diplomáticos, como os enunciados no ponto anterior.

Pelos motivos enunciados, a resolução de litígios com investidores por via do recurso aos tribunais estaduais afigura-se como especialmente problemática, contribuindo para o aparecimento de uma alternativa que melhor se adequasse ao equilíbrio dos interesses em jogo: a arbitragem de investimento.

A presente dissertação foca-se mais no lado do investidor, dado que todo o sistema jurídico do Direito do Investimento Estrangeiro pressupõe o desequilíbrio no poder das partes, opondo um Estado e um privado. No entanto, é concebível que o Estado constitua

¹¹¹ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford, 2008, páginas 16-17.

a parte lesada na relação de investimento. Nestes casos, o Estado recetor do investimento pode recorrer à arbitragem de investimento, mas certo tipo de danos, como o abuso de Direitos Humanos ou desastres ambientais, em princípio não violam disposições de acordos de investimento ou contratos celebrados entre Estados e investidores. Por outro lado, os Estados não podem propor ações contra privados junto do Tribunal Internacional de Justiça e de outros tribunais internacionais. Restam por isso os tribunais estaduais, sendo que os tribunais do Estado recetor do investimento podem não reunir condições de imparcialidade e independência face aos investidores, ou oferecer garantias de que o litígio será resolvido de acordo com o Direito. Surge assim, a questão da admissibilidade de o Estado recetor do investimento propor a ação no Estado de origem do investidor¹¹². Como vimos, para tal ocorrer é necessário que se verifique um dos casos previstos nas regras de competência internacional dos tribunais estaduais do Estado de origem, e que o Estado recetor prescindir da sua imunidade, ou que a mesma seja afastada pelos fundamentos expostos.

Todas estas dificuldades contribuíram para o desaparecimento do requisito do esgotamento dos meios internos, enquanto pré-condição de acesso à arbitragem em sede dos acordos de investimento.

4.1.2. Tribunais de Direito Internacional Público

Além dos tribunais estaduais, o litígio pode ainda ser resolvido junto de tribunais judiciais internacionais, normalmente apenas após o fracasso de tentativa de resolução por via dos canais diplomáticos. Apenas os Estados podem ser partes dos litígios relacionados com o investimento estrangeiro perante tribunais internacionais, dado que os mesmos apenas têm jurisdição para resolver litígios entre Estados¹¹³.

¹¹² Tal verificou-se no Caso Bhopal, onde uma das fábricas de pesticidas da Union Carbide, uma multinacional americana, foi responsável por uma fuga de gás que resultou num desastre ambiental que afetou milhares de pessoas na Índia, em Bhopal. Depois de o Estado indiano ter proposto a ação perante os tribunais americanos, o tribunal entendeu em 1986 que não tinha jurisdição com base no princípio do “*forum non conveniens*”, invocando que os tribunais indianos seriam os mais adequados para a resolução do litígio. De notar que os tribunais americanos em casos subsequentes adotaram uma perspectiva distinta, reconhecendo jurisdição quando o ato que gerou os danos parta de um centro de decisão que se situe nos Estados Unidos da América. No Caso *Pinochet*, o tribunal inglês entendeu que estando em causa uma violação de *ius cogens*, relacionada com violações de Direitos Humanos em massa, que não só os tribunais ingleses, mas os tribunais de todas as Nações devem assumir jurisdição, tendo este entendimento sido seguido pela jurisprudência americana já antes do referido caso.

¹¹³ Vide o n.º 1 do artigo 34.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, segundo qual: “*Só os Estados poderão ser partes em causas perante o Tribunal.*”

Classicamente os privados não eram considerados sujeitos de Direito Internacional. A origem deste estado de coisas remonta à obra de 1758 de Emer de Vattel, que concebia que devido à diferente natureza entre Estados e indivíduos, existia um Direito Natural específico aplicado às relações entre Estados¹¹⁴, e que caberia aos Estados obter compensação pelos danos causados aos seus nacionais fora do seu território¹¹⁵. O entendimento de Vattel prevaleceria nos séculos XVIII, XIX e XX, quando em 1924 o Tribunal Permanente de Justiça Internacional se pronunciou sobre a matéria e veio assim reforçar qual o papel dos indivíduos nos litígios de cariz internacional¹¹⁶. A doutrina veio assim a teorizar que a proteção diplomática implica uma ficção legal, dado que os indivíduos por si não teriam direito a valer os seus direitos fora do plano estadual. Estaria assim em causa um direito do Estado, tendo o mesmo controlo total sobre o processo e podendo abandoná-lo de acordo com a sua vontade, como veio a ser confirmado pelo Tribunal Internacional de Justiça cerca de quarenta anos depois¹¹⁷.

Daí que tenha sido criada a ficção da proteção diplomática, como nos diz Greg Lourie¹¹⁸: independentemente de o Estado de origem não ter sido afetado pela conduta, uma

¹¹⁴ Emer de Vattel, *The Law of Nations, Or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Liberty Fund, Indianapolis, 2008, Preliminares, parágrafo 6.

¹¹⁵ Emer de Vattel, *The Law of Nations, Or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Liberty Fund, Indianapolis, 2008, Livro II, Capítulo VI, parágrafo 71: “*Whoever uses a citizen ill, indirectly offends the state, which is bound to protect this citizen; and the sovereign of the latter should avenge his wrongs, punish the aggressor, and, if possible, oblige him to make full reparation; since otherwise the citizen would not obtain the great end of the civil association, which is safety.*”

¹¹⁶ Caso *The Mavrommatis Palestine Concessions, Greece v. United Kingdom*, Tribunal Permanente de Justiça Internacional, *Judgment*, 30 de agosto de 1924, parágrafo 21: “*It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights -its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.*”

¹¹⁷ No Caso *Barcelona Traction*, estava em causa uma empresa canadiana com acionistas belgas, sendo que o Governo Belga interpôs a ação contra o Governo Espanhol, tendo o Tribunal Internacional de Justiça entendido que o Estado Belga não tinha legitimidade para interpôr a ação, cabendo a legitimidade para tal ao Canadá. - Caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgium v. Spain, Judgment of 5 February 1970*, parágrafo 78: “*The Court would here observe that, within the limits prescribed by international law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting. Should the natural or legal persons on whose behalf it is acting consider that their rights are not adequately protected, they have no remedy in international law. All they can do is to resort to municipal law, if means are available, with a view to furthering their cause or obtaining redress. The municipal legislator may lay upon the State an obligation to protect its citizens abroad, and may also confer upon the national a right to demand the performance of that obligation, and clothe the right with corresponding sanctions. However, all these questions remain within the province of municipal law and do not affect the position internationally.*”

¹¹⁸ Greg Lourie, Chapter IV: Investment Arbitration, Diplomatic Protection Under the State-to-State Arbitration Clauses of Investment Treaties', in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian*

violação de um direito de um nacional passa a ser tratada como uma ofensa à esfera jurídica do Estado de origem, que pode agir contra o Estado recetor do investimento em pé de igualdade. Para a resolução do litígio recorria-se à criação de tribunais *ad hoc*, e mais tarde com a instituição de tribunais permanentes como o Tribunal Permanente de Justiça Internacional e o Tribunal Internacional de Justiça.

A resolução deste tipo de conflitos sofre uma verdadeira revolução com a evolução dos acordos internacionais de investimento e com os BIT's, dado que a esmagadora maioria destes acordos incluem cláusulas de arbitragem, referentes a conflitos que surjam entre as partes (os Estados) - no qual se incluem disputas que tenham por base a mediação da proteção diplomática¹¹⁹ - e entre investidores e o Estado recetor, sem que seja necessária a aplicação da doutrina da proteção diplomática. Com esta alteração de panorama surgiram os mecanismos jurisdicionais específicos de resolução de litígios entre investidores e Estados, podendo estes fazê-lo através do Estado de origem, desde que reunidos os requisitos da doutrina da proteção diplomática como já o podiam fazer, e ainda de forma direta. Este novo estado de coisas não só veio permitir um acesso direto, como trouxe a despolitização do conflito, dado que o investidor deixou de precisar de abordar o Estado de origem ou órgãos internacionais adjudicatórios como o TIJ, para a resolução do litígio, evitando assim a possibilidade de o litígio ficar comprometido em questões geopolíticas não diretamente relacionadas com investimento.

Neste segmento da presente dissertação trataremos do primeiro grupo de situações: litígios entre Estados que visam a salvaguarda de um direito de um investidor.

Ao abrigo dos acordos bilaterais internacionais de investimento, os Estados podem acionar um mecanismo de resolução de litígios com base na interpretação e aplicação de uma norma do acordo¹²⁰. Estão aqui em causa litígios em que, uma das partes pede ao tribunal para emitir uma determinação sobre o significado de uma cláusula do acordo independentemente do caso concreto, por um lado, e por outro, litígios em que uma das

Yearbook on International Arbitration 2015, Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2015, página 511.

¹¹⁹ Vide o Modelo de Acordo bilateral de investimento dos Estados Unidos da América, de 2012, artigo 37.º (1), o Modelo de Acordo bilateral de investimento da Noruega, de 2007, artigo 20.º (3) e o Modelo de Acordo bilateral de investimento da Alemanha, de 2008, artigo 9.º (3)

¹²⁰ Vide o *Model BIT* dos Estados Unidos da América, Artigo 37: “any dispute between the Parties concerning the interpretation or application of this Treaty, that is not resolved through consultations or other diplomatic channels, shall be submitted on the request of either Party to arbitration for a binding decision or award by a tribunal in accordance with applicable rules of international law”.

partes pede ao tribunal que emita uma determinação sobre se, no caso concreto, a outra parte desrespeitou uma cláusula do acordo. É no âmbito deste segundo grupo de litígios que a proteção diplomática desempenha um papel importante¹²¹, dado que é através da sua aplicação que o Estado tem legitimidade para interpor a ação por danos sofridos pelo investidor.

A doutrina da proteção diplomática enquanto costume internacional, tem dois requisitos de aplicação. O primeiro dos quais é que o privado que foi afetado pela conduta tem de ser nacional do Estado demandante, sendo o segundo requisito o esgotamento dos meios internos, pressupondo que esses meios existam e são eficazes.

Quanto ao requisito da nacionalidade, a questão difere estando em causa uma pessoa singular ou uma pessoa coletiva. No caso das pessoas singulares, segundo o costume internacional caberá ao ordenamento jurídico do Estado demandante a definição do que constitui um cidadão nacional, uma regra que tem vindo a ser aplicada pela jurisprudência¹²². Esta norma pode no entanto ser ultrapassada pelos acordos internacionais de investimento¹²³. Isso significa que pela doutrina da proteção

¹²¹ A aplicação da doutrina da proteção diplomática aos litígios de investimento foi confirmada pela decisão do Tribunal Internacional de Justiça no Caso *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, onde os Estados Unidos invocaram que o requisito do esgotamento dos meios internos (um dos requisitos da doutrina da proteção diplomática) não seria aplicável ao caso, dado que o acordo celebrado entre os dois países (o chamado *Fridenship, Commerce and Navigation Treaty*) não o previa expressamente. O tribunal entendeu que a doutrina da proteção diplomática, enquanto parte do Direito costumeiro Internacional, apenas é afastada se as partes expressamente dispuserem sobre a sua inaplicabilidade: “*the Chamber finds itself unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispensed with, in the absence of any words making clear an intention to do so.*” - Vide Caso *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Tribunal Internacional de Justiça, Estados Unidos da América v. Itália, Julgamento de 20 de julho de 1989, parágrafo 50. No Caso *Itália v. Cuba*, a República de Cuba invocou que a República de Itália não poderia invocar a doutrina da proteção diplomática e atuar em nome de um investidor nacional. O tribunal entendeu que, desde que a causa não tenha sido submetida à arbitragem internacional (como dispõe o artigo 27.º da Convenção CIRDI), o direito do investidor à proteção diplomática subsiste desde que reunidos os requisitos da doutrina da proteção diplomática. (Caso *Republique d'Italie v. Republique de Cuba, Arbitrage Ad'hoc, Sentence Preliminaire*, 15 de março de 2005, parágrafos 65-67).

¹²² A exceção é o Caso *Nottebohm*, um caso isolado onde o Tribunal Internacional de Justiça entendeu que o requisito da nacionalidade não se encontrava verificado dado que o nacional não tinha uma ligação genuína ao Estado do Lichtenstein, invocando o Artigo 3.º(2) do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça. A invocação desta disposição tem vindo a ser objeto de crítica dado que, a mesma se refere a casos de dupla nacionalidade, e não de proteção diplomática. Estava em causa um cidadão originalmente alemão, que adquiriu nacionalidade ao abrigo do ordenamento jurídico do Liechtenstein, perdendo a nacionalidade alemã. A argumentação do tribunal claramente visou evitar fenómenos de “*nationality shopping*”. – Caso *Nottebohm*, Tribunal Internacional de Justiça, *Liechtenstein v. Guatemala*, Julgamento de 6 de abril de 1955.

¹²³ Caberá às partes escolher o critério, verificando-se a existência de acordos que remetem para a lei interna do Estado, acordos que exijam apenas que o nacional tenha residência permanente no Estado e ainda, acordos que exijam ambos os elementos.

diplomática os cidadãos apátridas não têm capacidade para opor o seu direito, dado que não têm nenhum vínculo de nacionalidade com qualquer Estado¹²⁴.

Mais relevante por tal se verificar na grande maioria dos casos, é a determinação da nacionalidade das pessoas coletivas, surgindo neste âmbito os critérios do local da constituição da pessoa coletiva¹²⁵, da sede da administração e do controlo económico¹²⁶. O panorama descrito pode tornar-se problemático, dado que cada acordo pode incluir uma solução diferente.

No Caso *Itália v. Cuba*, o tribunal rejeitou jurisdição face a uma parte do pedido com base na aplicação do critério do local da constituição da pessoa coletiva, em detrimento do critério do controlo económico, dado que as sociedades em causa eram apenas detidas por nacionais italianos¹²⁷. O entendimento do tribunal baseou-se na interpretação que fez do artigo 1.º(1) do acordo bilateral celebrado entre os dois Estados, que entendeu ser coincidente com o costume internacional, e não teve por base a aplicação da norma costumeira, mas da norma do acordo¹²⁸.

¹²⁴ Procurando alterar este panorama, ver o artigo 8.º dos *ILC Draft Articles on Diplomatic Protection*.

Vide http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf

¹²⁵ O referido critério é considerado o mais relevante, nomeadamente tendo em conta o artigo 9.º dos *ILC Draft Articles on Diplomatic Protection*, que tem a seguinte redação: “*For the purposes of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the corporation was incorporated. However, when the corporation is controlled by nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality.*” O artigo excepciona assim os casos em que não exista outra ligação com o Estado demandante (não tendo a pessoa coletiva atividade substancial no Estado em causa), mas exista com outros Estados. Conforme resulta do comentário oficial feito às referidas regras, para a exceção atuar não basta uma ligação, sendo que para tal o local da sede da administração e do controlo económico têm de coincidir. De outra forma, aplicar-se-á o critério do local da constituição da sociedade.

Vide http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf

¹²⁶ Como nos diz Greg Lourie, a maioria dos acordos internacionais de investimento opta por uma combinação de critérios. - Greg Lourie, Chapter IV: Investment Arbitration, Diplomatic Protection Under the State-to-State Arbitration Clauses of Investment Treaties', in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2015*, Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2015, páginas 517-518.

¹²⁷ Caso *Republique d'Italie v. Republique de Cuba, Arbitrage Ad'hoc, Sentence Finale*, 1 de janeiro de 2008, parágrafo 203.

¹²⁸ Greg Lourie refere de que outra forma haveria uma inconsistência na aplicação dos acordos bilaterais de investimento. Tendo em conta que estes acordos constituem o direito substantivo aplicável, devem também reger a aplicação da doutrina da proteção diplomática aos litígios que surgem sob o seu quadro normativo. - Greg Lourie, Chapter IV: Investment Arbitration, Diplomatic Protection Under the State-to-State Arbitration Clauses of Investment Treaties', in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2015*, Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2015, página 519. Estas normas têm na verdade um carácter especial face às normas costumeiras gerais sobre proteção diplomática, devendo prevalecer.

O segundo requisito da aplicação da doutrina da proteção diplomática é o esgotamento dos meios internos por parte do investimento, um requisito que visa a proteção do interesse e da soberania do Estado que recebe o cidadão estrangeiro¹²⁹. Os acordos de investimento bilaterais não incluem disposições sobre este requisito, sendo debatível o significado desta omissão, se a mesma visa a remissão para as normas costumeiras, ou se por outro lado visa a desconsideração deste requisito. Mais uma vez o tribunal no Caso *Itália v. Cuba* foi chamado a pronunciar-se sobre esta questão, tendo entendido que o requisito do esgotamento dos meios internos se aplicava¹³⁰, para que o Estado recetor do investimento tenha a oportunidade de ser primeiro confrontado com o ilícito no âmbito do seu quadro normativo. O tribunal entendeu assim que o silêncio do acordo sobre este requisito não pode ser interpretado como uma desconsideração do mesmo. Diferentemente, no âmbito dos litígios entre investidores e Estados, o entendimento geral é que este requisito não é aplicável exceto se o acordo o referir¹³¹. A diferença de regime tem por base a natureza dos mecanismos de resolução de litígios com investidores, onde é o investidor que deve ser protegido, e não o Estado recetor do investimento. Na base da criação destes mecanismos está a desconfiança face aos meios internos de resolução de litígios e o desequilíbrio que existe na relação entre Estado e investidor, surgindo como alternativa preferível. Fazer depender o seu acesso ao esgotamento dos meios internos, iria contra à sua razão de existência e seria por esse motivo, incoerente.

A jurisprudência definiu meios internos como a totalidade do sistema de proteção jurídica¹³², o que na prática pode demorar vários anos. O requisito do esgotamento dos meios internos pode ser excepcionado quando os meios internos não estejam disponíveis, sejam ineficazes ou procedam com atraso injustificado (artigo 15.º dos *ILC Draft Articles on Diplomatic Protection*), incluindo a alínea d) do artigo uma cláusula geral que possibilita que o requisito seja dispensado quando o lesado estiver manifestamente impedido de aceder aos meios internos¹³³.

¹²⁹ Artigo 14.º(1) dos *ILC Draft Articles on Diplomatic Protection*.

¹³⁰ *Vide* Caso *Republique d'Italie v. République de Cuba, Arbitrage Ad'hoc, Sentence Preliminaire*, 15 de março de 2005, parágrafos 89-90, e a jurisprudência aí citada.

¹³¹ *Vide* a jurisprudência citada em Greg Lourie, Chapter IV: Investment Arbitration, Diplomatic Protection Under the State-to-State Arbitration Clauses of Investment Treaties', in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2015*, Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2015, página 522.

¹³² *Vide* Caso *Ambatielos, International Court of Justice, Greece v. United Kingdom, Judgment*, 19 de maio de 1953.

¹³³ Alguns exemplos são referidos no comentário oficial a este corpo de regras, como o caso de o lesado ser impedido de entrar no território do Estado demandado, quer pela lei quer por via de ameaças à sua

A proteção diplomática carrega limitações consideráveis para o investidor, pelos requisitos de aplicação exigente e pelo facto de a resolução de litígio ficar dependente da boa vontade do Estado de origem, dado que pode interromper o processo em qualquer momento. Tal verifica-se de forma mais acentuada quanto aos pequenos investidores, dado que lhes falta o poder de influenciar politicamente o Estado de origem. Já na perspetiva do Estado, todos os litígios entre investidores e Estados têm potencialmente um impacto nas relações internacionais entre Estados, mas tal opera de forma muito mais direta nos litígios entre Estados.

Os dados demonstram esta realidade, dado que apenas ao abrigo do sistema CIRDI, desde 1972 foram registados mais de 700 casos, enquanto o número de casos registados perante o Tribunal Internacional de Justiça no qual foi invocada a proteção diplomática é muito reduzido em comparação.

De notar que na prática os mecanismos de resolução de litígios que apenas permitam que o Estado atue como parte (e não o investidor), não são verdadeiros mecanismos de resolução de litígios com investidores. A opção de proceder à sua análise na presente dissertação prende-se com o facto de eles constituírem uma opção para o investidor, ainda que seja necessária a intermediação e o acordo do Estado de origem.

4.1.2.1. A proteção diplomática no Sistema CIRDI

No panorama atual, cláusulas sobre proteção e intervenção diplomática são raras em sede de acordos internacionais de investimento. A Convenção CIRDI por outro lado regula a matéria da proteção diplomática tendo em vista a limitação do recurso a esta. O artigo 27.º da Convenção CIRDI enuncia o seguinte:

“(1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply

segurança, o caso de poder ser perseguido por organizações criminosas, ou ainda, o caso de os custos dos meios internos serem demasiado elevados. A formulação do artigo implica uma avaliação caso a caso. Vide http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf

with the award rendered in such dispute.

(2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.”

A Convenção CIRDI proíbe assim o recurso à proteção diplomática a partir do momento em que as partes consentam na resolução do litígio por via da arbitragem, ou seja, veda que um Estado, proponha em seu nome, uma ação relativa a um litígio no qual um dos seus nacionais é parte, contra outro Estado. *A contrario*, a proteção diplomática é permitida nos restantes casos, exceto quando os acordos de investimento o proibam, e segundo o n.º 2, são permitidas trocas diplomáticas informais que visem facilitar a resolução do litígio. Cumpre, no entanto, delimitar materialmente o âmbito do referido artigo. Como nos dizem Lars Markert e Stephan Wilske¹³⁴, o escopo do artigo vai além do âmbito material da doutrina clássica da proteção diplomática, incluindo também litígios entre Estados sobre a interpretação ou aplicação de uma norma de um acordo internacional, assim como litígios entre Estados perante o Tribunal Internacional de Justiça ao abrigo do artigo 64.º da Convenção CIRDI¹³⁵. A convenção rejeita assim uma resolução arbitral ou judicial do litígio por parte do Estado, mas não procede à proibição da resolução amigável do litígio.

No âmbito do Caso *Autopista Concesionada v. Venezuela*, após o início do processo arbitral, o Governo Mexicano procurou resolver o litígio de forma amigável. Em consequência, a Venezuela invocou que tal tinha desrespeitado o artigo 27.º da Convenção CIRDI. Diferentemente, o tribunal entendeu o seguinte:

“First, Article 27 of the ICSID Convention makes a clear distinction between diplomatic protection and efforts to settle a dispute. The ICSID Convention provides a forum for resolving disputes. However, its purpose is not to commit parties to arbitration, when there is a possibility to reach an amicable solution. Hence, attempts to settle a dispute do

¹³⁴ Lars Markert, Stephan Wilske, Chapter 4, §4.02: The Use of Diplomatic Channels, in Günther J. Horvath and Stephan Wilske (eds), *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013, página 302.

¹³⁵ Artigo 64.º da Convenção CIRDI: *“Any dispute arising between Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which is not settled by negotiation shall be referred to the International Court of Justice by the application of any party to such dispute, unless the States concerned agree to another method of settlement”*.

not constitute prohibited diplomatic protection in the sense of Article 27.”¹³⁶

Podemos falar num limite implícito ao uso dos canais diplomáticos, como referido por Lars Markert e Stephan Wilske¹³⁷. Falamos aqui de uma possível repolitização do diferendo, entrando em conflito com os objetivos da Convenção CIRDI. No entanto, como os autores invocam, a adoção de medidas diplomáticas irá sempre contribuir para uma maior politização do litígio, e essas medidas são expressamente autorizadas pela convenção. Estas medidas adotadas por via dos canais diplomáticos podem assumir formas variadas, desde a ameaça de retirada de apoio financeiro e político, de quebra de relações diplomáticas ou de imposição de sanções económicas. Naturalmente, o sucesso destas medidas dependerá sempre da influência económica e política que os Estados exerçam uns sobre os outros, ao contrário do que se verifica no processo arbitral, onde é o Direito aplicável ao mérito da causa que ditará o resultado do diferendo.

Nos litígios entre Estados e investidores a proteção diplomática releva ainda, e não só nos litígios entre Estados. O artigo 27.º(1) *in fine* reserva um papel residual à proteção diplomática quando o Estado não respeite a sentença arbitral, surgindo como alternativa ao mecanismo enunciado no artigo 54.º da Convenção CIRDI, que prevê que as sentenças arbitrais tenham o mesmo valor das sentenças internas. A proteção diplomática surge assim como alternativa à execução judicial da sentença, especialmente tendo em conta a imunidade de execução espelhada no artigo 55.º da convenção CIRDI. Por outro lado, o artigo 64.º da convenção enuncia que litígios referentes à interpretação e à aplicação da convenção podem ser propostos perante o Tribunal Internacional de Justiça. Através desta cláusula, o Estado pode por via da proteção diplomática pedir a execução da sentença.

Nos litígios entre Estados e investidores, a proteção diplomática pode assim operar como

¹³⁶ O tribunal entendeu ainda o seguinte: “*There is no indication that Mexico has espoused Aucoven's claim. Second, even if Mexico's interventions were to constitute prohibited diplomatic interventions in the meaning of Article 27 of the ICSID Convention, this would have no bearing on the jurisdiction of this Arbitral Tribunal which is properly created under Article 25(2)(b). Indeed a denial of jurisdiction is not a remedy available in the context of Article 27*”. - Caso *Autopista Concesionada v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, *Decision on Jurisdiction*, 27 de setembro de 2001, parágrafos 138-140. Meros contactos diplomáticos não estão assim vedados e as partes podem sempre procurar a resolução amigável do litígio. Por outro lado, de acordo com esta jurisprudência, independentemente de serem adotadas condutas que violem o disposto no artigo 27.º da Convenção CIRDI, tal não põe em causa a jurisdição do tribunal arbitral.

¹³⁷ Lars Markert, Stephan Wilske, Chapter 4, §4.02: The Use of Diplomatic Channels, in Günther J. Horvath and Stephan Wilske (eds), *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013, página 307.

meio de execução da sentença¹³⁸, embora até à data nenhuma ação tenha sido proposta perante o Tribunal Internacional de Justiça com base no artigo 64.º da Convenção CIRDI.

Já nos litígios entre Estados, como foi já referido, ao abrigo do artigo 64.º, o Tribunal de Justiça tem competência para resolver litígios entre Estados que tenham por base a interpretação e aplicação da convenção¹³⁹. Similarmente, os acordos bilaterais de investimento tendem a prever a resolução de litígios entre investidores e Estados e entre as partes contratantes, ou seja, ou os Estados ou a União Europeia, quando a mesma seja parte. Surge assim a questão de qual a solução caso as decisões que resultem destas duas vias entrem em conflito, quando o acordo não tenha preceitos sobre esta matéria¹⁴⁰. Ao abrigo da Convenção CIRDI a questão será resolvida pelo disposto nos artigos 26.º¹⁴¹ e 27.º, referido *supra*. O tribunal terá assim de negar jurisdição sobre o litígio, exceto se o Estado tiver desrespeitado a decisão.

No caso *Lucchetti v. Peru*¹⁴², onde na sequência de o investidor ter iniciado um processo arbitral contra o Estado, o Perú iniciou um processo arbitral contra o Chile, invocando depois que este segundo litígio teria prioridade por ter uma natureza interpretativa. O tribunal rejeitou o pedido de suspensão do processo com base neste argumento¹⁴³, tendo o Perú depois interrompido o processo¹⁴⁴.

A proteção diplomática continua assim a constituir uma via para os investidores. Um

¹³⁸ Christoph Screuer refere que durante os trabalhos preparatórios da Convenção CIRDI foram demonstradas preocupações sobre se tal não deixaria os Estados numa posição de desvantagem, dado que os investidores teriam acesso a um meio adicional de execução da sentença por via da proteção diplomática. O entendimento prevalecente foi o de que os Estados disponham já de meios suficientes, ao contrário dos investidores. – *Vide* Christoph Screuer, Investment Protection and International Relations, in A. Reinisch & U. Kriebaum, The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold, Eleven International Publishing, Países Baixos, 2007, página 348 e a bibliografia aí citada.

¹³⁹ De notar que o Tribunal Internacional de Justiça não tem poderes para anular uma sentença arbitral nem atua como tribunal de recurso.

¹⁴⁰ Neste sentido ver alguns acordos de investimento celebrados pela Alemanha: Acordo bilateral de investimento celebrado com as Honduras, em 21 de março de 1995, artigo 10.º (6); Acordo bilateral de investimento celebrado com Barbados, em 2 de dezembro de 1994, artigo 10(6); Acordo bilateral de investimento celebrado com a Costa Rica, em 13 de setembro de 1994, artigo Art. 9(6).

¹⁴¹ O artigo 26.º enuncia o seguinte: “Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy.”

¹⁴² Caso *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4, Award, 7 de fevereiro de 2005.

¹⁴³ Caso *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4, Award, 7 de fevereiro de 2005, parágrafos 7-9.

¹⁴⁴ De notar que o tribunal arbitral ao abrigo da CIRDI tem competência para determinar a sua jurisdição, com base no disposto no artigo 41.º (1) da convenção. Uma vez dado o consentimento e iniciado o processo arbitral, o tribunal arbitral passa a ter competência exclusiva sobre o diferendo.

problema complexo que não será tratado na presente dissertação é ainda o da distinção entre litígios puros de proteção diplomática, onde o lesado é o investidor, e os litígios mistos (em inglês *mixed claims*). As *mixed claims* levantam problemas de jurisdição, envolvendo atos que lesaram o Estado e o investidor, sendo por isso invocados direitos do Estado e do investidor¹⁴⁵.

Recentemente, a arbitragem de investimento tem sido objeto de algumas críticas, sendo pertinente refletir sobre se tal poderá significar um retorno à proteção diplomática. Quanto a esta matéria, o Tribunal Internacional de Justiça no Caso Diallo¹⁴⁶ entendeu que o paradigma atual é o de o investimento estrangeiro ser regulado por acordos internacionais de investimento e que a proteção diplomática opera apenas nos casos residuais em que não existam estes acordos ou que se tenha demonstrado que os mesmos não operam. Adicionalmente, o artigo 17.º das *ILC Draft Rules on Diplomatic Protection*¹⁴⁷ adresa especificamente a proteção de investimentos e refere que as regras não se aplicam quando forem inconsistentes com normas especiais de Direito Internacional, como se verifica nos acordos de investimento. No âmbito deste quadro normativo, conclui-se que cabe à proteção diplomática desempenhar um papel absolutamente residual, pelo menos enquanto os acordos bilaterais e multilaterais de investimento se mantiverem em vigor.

Conluindo a presente secção, na prática os mecanismos mencionados *supra* não consistem num efetivo meio de resolução de conflitos com investidores, dado que exigem a intermediação do Estado de origem, tendo sido ultrapassados pela reduzida eficácia e diminutas garantias que na prática fornecia aos investidores estrangeiros.

4.1.2.2. Tribunal Internacional de Justiça

No que toca à resolução de litígios de investimento com base na proteção diplomática, surge em primeiro lugar como opção o Tribunal Internacional de Justiça, que na prática

¹⁴⁵ Sobre este assunto ver Greg Lourie, Chapter IV: Investment Arbitration, Diplomatic Protection Under the State-to-State Arbitration Clauses of Investment Treaties', in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2015*, Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2015, página 525 e seguintes.

¹⁴⁶ Caso *Ahmadou Sadio Diallo, Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*, ICJ, *Judgment of 24 May 2007*, parágrafo 88.

¹⁴⁷ Vide o comentário ao referido artigo em:

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf

foi chamado a decidir poucos casos sobre investimento estrangeiro. Tal relaciona-se com o facto de a arbitragem ter ascendido a paradigma em sede de resolução destes litígios com investidores. A evolução dos tratados de amizade, comércio e navegação (que atribuíam jurisdição ao Tribunal Internacional de Justiça) para os acordos bilaterais de investimento, permitiu a revolução que se verificou quando passou a ser possível aos investidores acederem a um tribunal internacional menos politizado e, sem a intermediação do Estado de origem. Enquanto órgão da Organização das Nações Unidas, qualquer decisão do tribunal tem potencial para se refletir na própria organização, o que não se verifica na arbitragem de investimento.

O primeiro litígio a ser proposto no Tribunal Internacional de Justiça referente a investimento estrangeiro foi o Caso *Anglo-Iranian Oil Company*, não se tendo pronunciado sobre o Direito substantivo aplicável ao litígio, dado que negou ter jurisdição¹⁴⁸. Desde aí, o tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre litígios de investimento, em especial nos já referidos Caso *Barcelona Traction* e no Caso *ELSI*¹⁴⁹.

A crise de legitimidade da arbitragem de investimento, a crença de que a mesma nem sempre é neutra e independente de interesses privados, o facto de as decisões implicarem matéria não estritamente comerciais, mas de Direito Internacional Público, levando a arbitragem a contribuir para a evolução do Direito Internacional Público (apesar de as decisões arbitrais não terem valor de precedente), tem levado alguns autores a questionar se o Tribunal Internacional de Justiça deverá necessariamente ter jurisdição sobre certos litígios, em detrimento dos tribunais arbitrais. A possibilidade de o litígio ser resolvido por via da arbitragem, depende, desde logo, do consentimento das partes em submeter o litígio perante tribunais arbitrais. Na arbitragem de investimento, esse consentimento pode ser dado em sede de acordos internacionais entre Estados, de contratos celebrados entre o investidor e o Estado ou em sede do quadro legislativo do Estado. Mas independentemente do consentimento das partes, alguma Doutrina advoga que o requisito

¹⁴⁸ Caso *Anglo-Iranian Oil Co., United Kingdom v. Iran, International Court of Justice, Judgment*, 22 de julho de 1952. O tribunal entendeu que o Irão apenas tinha consentido na jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça em acordos posteriores a 1932, sendo que o único acordo invocado pelo Reino Unido não tinha sido celebrado entre os dois Estados, mas entre o Irão e uma sociedade comercial, a *Anglo-Iranian Oil Company*. A posição do Reino Unido de que o referido acordo era um verdadeiro tratado e por isso um instrumento internacional, foi rejeitada pelo tribunal e com ela a doutrina da internalização dos contratos de investimento estrangeiros, celebrados entre Estados e entidades privadas.

¹⁴⁹ Caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgium v. Spain, Judgment*, 5 de fevereiro de 1970; Caso *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Tribunal Internacional de Justiça, Estados Unidos da América v. Itália, *Judgment*, 20 de julho de 1989.

de arbitrabilidade pode ainda assim não se encontrar reunido, especialmente quando estejam em jogo questões de interesse público¹⁵⁰.

O primeiro tipo de litígios debatido engloba os diferendos que por natureza sejam incompatíveis com a resolução por via arbitral, por implicarem uma violação dos princípios de *jus cogens*, enquanto normas fundamentais de Direito Internacional Público cujo sentido deve prevalecer sobre quaisquer outras¹⁵¹. Neste sentido, Muthucumaraswamy Sornarajah¹⁵² invoca que o facto de a arbitragem ser um processo consensual, no qual não são tidos em conta os interesses da totalidade da comunidade internacional, apenas deverá ter jurisdição para decidir sobre estes litígios o Tribunal Internacional de Justiça, dado que apenas ele pode refletir os interesses da comunidade internacional. O autor invoca ainda o facto de a execução de uma decisão arbitral poder ser excecionada por considerações de ordem pública, como é universalmente previsto em legislações nacionais sobre arbitragem. Desta premissa, o autor retira que da mesma forma que no plano interno a execução de uma decisão arbitral pode ser afastada com base na ordem pública internacional do Estado, também o *ius cogens* obstará a tal, dado que os princípios de *ius cogens* necessariamente integram a ordem pública internacional dos Estados, por integrarem a comunidade internacional¹⁵³.

¹⁵⁰ De notar que a discussão referente à arbitrabilidade se verifica também no plano interno, sendo que caberá ao poder legislativo de cada Estado definir quais os litígios dotados de arbitrabilidade e quais os litígios que pertencem à competência exclusiva dos tribunais estaduais, como se verifica com violações de Direitos Humanos ou processos penais. O legislador tem de fazer uma ponderação entre o interesse público e a liberdade de escolha das partes. A arbitrabilidade depende por isso da lei aplicável ao acordo que inclui a cláusula arbitral ou da lei do local da arbitragem. Muthucumaraswamy Sornarajah refere alguns exemplos de matérias que por natureza não devem cair no âmbito de jurisdição dos tribunais arbitrais por constituírem atos soberanos guiados por necessidades do interesse público, como uma alteração do regime cambial, a adoção de medidas de proteção ambiental ou atos de corrupção. - Muthucumaraswamy Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000, páginas 181-186.

¹⁵¹ Vide o Artigo 53.º da Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados:

“Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (jus cogens)
É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.”

Daqui se retira que, verificada a existência de uma norma de *ius cogens* que rejeite a arbitrabilidade de um litígio, a mesma deve prevalecer sobre uma norma de um acordo internacional que atribua jurisdição a um tribunal arbitral.

¹⁵² Muthucumaraswamy Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000, página 333.

¹⁵³ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000, página 187.

O autor refere uma série de litígios que podem ter por base problemas que sejam consagrados por normas de *ius cogens*, como a autodeterminação dos povos, a soberania sobre recursos naturais, o litígio emergir de um acordo celebrado por um governo não democrático, um acordo que viole o disposto em resoluções adotadas pela Organização das Nações Unidas, uma afetação a uma realidade que constitua Património da Humanidade.

De notar que, existe uma diferença entre defender que certos litígios devem ser resolvidos perante o Tribunal Internacional de Justiça, e defender que é possível identificar uma norma de *ius cogens* sobre arbitrabilidade, daí que não possamos seguir o entendimento do autor quanto a esta questão. Por outro lado, a arbitragem de investimento não é uma arbitragem comercial e tem por isso, naturalmente por base considerações de interesse público. Na verdade, em sede de arbitragem comercial, a cláusula arbitral parte de um contrato, e não de um acordo internacional, um instrumento que integra a ordem jurídica dos Estados. Adicionalmente, a exceção da ordem pública internacional é invocada em sede da execução de uma sentença arbitral, e não em sede da decisão sobre jurisdição, não relevando por esse motivo o paralelismo feito pelo autor.

Muthucumaraswamy Sornarajah refere em segundo lugar, os litígios onde o tribunal se deva pronunciar sobre matérias de Direito Internacional Público e por fim, os litígios em que uma das partes não tenha cumprido a decisão, dando ao Tribunal Internacional de Justiça um poder de controlo sobre as decisões arbitrais.

A arbitragem não deixa de levantar problemas que uma resolução do litígio por via dos tribunais internacionais não levanta, como a escolha do Direito aplicável à causa, que caberá às partes, ou a execução da decisão.

4.1.2.3. Mecanismo de Resolução de Litígios da OMC

Além do Tribunal Internacional de Justiça, surge como opção o mecanismo de resolução de litígios da Organização Mundial do Comércio. De notar que o Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas (GATT, na sigla inglesa) não se foca em matérias de investimento estrangeiro, centrando-se em barreiras alfandegárias e práticas de *dumping* que introduzam distorções nas trocas comerciais entre Estados. Após a Segunda Guerra Mundial, num contexto de regulação internacional das relações económicas, foram

criados ao abrigo da Organização das Nações Unidas, o Banco Mundial (originalmente, Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento) e o Fundo Monetário Internacional, tendo sido debatida a criação de uma organização internacional com o pelouro do comércio internacional. Após um período de negociações, foi assim celebrado o GAAT em 1947 sendo que, o mesmo deveria vigorar temporariamente até à fundação de uma Organização Mundial de Comércio. Tal culminou na assinatura da Carta de Havana em 1948, que incluía disposições sobre investimento estrangeiro no capítulo dedicado ao Desenvolvimento Económico. Com a não ratificação da Carta de Havana e o fracasso do projeto de criação de uma organização internacional dedicada ao comércio internacional, apenas o GAAT vigorou, e como foi já referido não visa a regulação do investimento estrangeiro.

O mandato da OMC engloba, no entanto, matérias que se relacionem com o comércio internacional, podendo algumas regulações adotadas no contexto da OMC relevar para efeitos do investimento estrangeiro, como é o caso do acordo TRIPS sobre propriedade intelectual, do acordo TRIMS (*Trade Development Investment Measures*) e do acordo GATS sobre serviços, entre outros.

Apenas em 1955 os Estados contratantes do GAAT adotaram a resolução sobre investimento internacional para o desenvolvimento económico, incentivando os Estados a celebrar acordos bilaterais de investimento, de modo a propiciar um clima de segurança aos investidores.

Cumprindo por isso referir o Mecanismo de Resolução de Litígios da OMC, que veio substituir o processo de resolução de litígios não vinculativo previsto ao abrigo do acordo GATT, sendo que o mesmo é dotado de eficácia e que as decisões que sejam emitidas vinculam as partes. A resolução de litígios ao abrigo da OMC é regulada pelo Memorando de Entendimento sobre as Regras e Processos que regem a Resolução de Litígios, no qual se dispõe que o Órgão de Resolução de Litígios tem jurisdição sobre matérias regidas pelo acordo GAAT e pelos outros instrumentos da OMC. O processo de resolução de litígios apenas pode ser instituído por um Estado-Membro da OMC, contra outro Estado-Membro.

Na década de 80, o Órgão de Resolução de Litígios da OMC foi chamado a pronunciar-se sobre questões de investimento estrangeiro. Falamos aqui do Caso *Foreign Investment*

*Review Act*¹⁵⁴, um caso proposto pelos Estados Unidos da América contra o Canadá, tendo sido invocado que seria ilícito a imposição de os investidores terem de demonstrar perante as autoridades canadianas que o investimento beneficiaria a economia canadiana para poderem ter operações no Canadá. O referido caso foi especialmente importante para estabelecer que, as disposições do acordo GATT se aplicavam no contexto de um investimento estrangeiro, apesar de o tribunal ter concluído que no caso concreto o Canadá não tinha desrespeitado o acordo em questão.

Durante a ronda de negociações do Uruguai o tema do investimento estrangeiro voltou a ser abordado. Não houve consenso relativamente à matéria e foi apenas com o acordo TRIMS que o tema do investimento foi abordado de forma direta. Salientamos que o preâmbulo do acordo TRIMS estipula que o acordo tem como objetivos “*the expansion and progressive liberalization of world trade and to facilitate investment across international frontiers so as to increase the economic growth of all trading partners, particularly developing country members, while ensuring free competition*”. O seu âmbito limita-se ao comércio de bens, excluindo as trocas de serviços, conforme resulta do artigo 1.º. Referimos que o acordo TRIMS não é um verdadeiro acordo internacional de investimento, porque esse não é o objetivo do instrumento internacional.

O tema do investimento estrangeiro é meramente acessório no quadro normativo da OMC, sendo abordado apenas de forma instrumental face ao objetivo central da eliminação de barreiras ao comércio internacional. O facto de não se preverem mecanismos de resolução de litígios especificamente para os investidores, demonstra que a proteção do investidor não é uma prioridade. O acordo não procura por isso regular o investimento estrangeiro, mas apenas certificar-se que as regras do GATT se aplicam a essas situações, como é o caso da proibição da discriminação de bens importados e exportados e da proibição de criação de restrições às importações e exportações¹⁵⁵. O acordo TRIMS prevê especificamente que o Memorando de Entendimento sobre as Regras e Processos que regem a Resolução de Litígios se aplica aos litígios emergentes do acordo TRIMS.

¹⁵⁴ Caso *Foreign Investment Review Act*, Report of the Panel adopted on 7 February 1984, BISD 30S/140.

¹⁵⁵ O artigo 2.1. do acordo TRIMS exige que os Estados-Membros da OMC não apliquem medidas que sejam inconsistentes com os artigos 3.º e 11.º do Acordo GATT de 1994.

4.1.2.4. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Os investidores podem ainda recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, dado que o artigo 34.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem dispõe o seguinte: “*O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos.*” Quer seja uma pessoa singular ou uma pessoa coletiva, o investidor pode invocar perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem uma situação de expropriação (a proteção do direito de propriedade consta do artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH), de discriminação (a proibição de discriminação consta do artigo 14.º da CEDH) ou de ausência de acesso a um processo equitativo (o direito a um processo equitativo consta do artigo 6.º da CEDH)¹⁵⁶.

Como nos diz Stephan Balthasar¹⁵⁷, tal pode até configurar uma alternativa desejável para o investidor, dado que a jurisdição do TEDH não está limitada ao conceito de investimento, sendo o conceito de propriedade bastante mais abrangente. Por outro lado, apenas os investidores cujo Estado tenha celebrado um acordo de investimento com o Estado recetor, podem aceder aos mecanismos específicos de resolução de litígios com investidores, enquanto que a jurisdição do TEDH abrange qualquer violação que ocorra num Estado contratante da CEDH.

O recurso ao TEDH levanta, no entanto, algumas dificuldades para os investidores. O artigo 35.º(1) da CEDH enuncia que o tribunal pode apenas considerar pedidos “*depois de esgotadas todas as vias de recurso internas*”, o que significa que os investidores terão de recorrer primeiro aos tribunais estaduais, em contraposição com o que sucede em sede de arbitragem de investimento. Como refere Stephan Balthasar¹⁵⁸, o TEDH lida com um número extremamente elevado de pedidos, e os litígios de investimentos implicam questões legais muito complexas, que são estranhas aos litígios ditos usuais do TEDH,

¹⁵⁶ Segundo o TEDH, a proteção destes direitos é também garantida a pessoas coletivas, conforme resulta do Caso *Granos Organicos Nacionales SA v. Germany*, No. 19508/07, §§ 54 ff., 22, março de 2012.

¹⁵⁷ Stephan Balthasar, Investment Protection in Europe: International Investment Treaties, the European Convention on Human Rights and the Need for Reform at EU Level, in Jörg Risse, Günter Pickrahn, et al. (eds), SchiedsVZ, German Arbitration Journal, Kluwer Law International, Volume 16 Issue 4, 2018, página 230.

¹⁵⁸ Stephan Balthasar, Investment Protection in Europe: International Investment Treaties, the European Convention on Human Rights and the Need for Reform at EU Level, in Jörg Risse, Günter Pickrahn, et al. (eds), SchiedsVZ, German Arbitration Journal, Kluwer Law International, Volume 16 Issue 4, 2018, páginas 232-233.

nomeadamente no que toca à aferição do que constitui uma reparação adequada dos danos face à determinação de montantes de indemnização.

4.2. Arbitragem de Investimento

Como nos diz Lima Pinheiro, “*A arbitragem é um modo jurisdicional de resolução de controvérsias em que a decisão é confiada a particulares*”¹⁵⁹. Na sua base, a arbitragem implica um acordo no qual ambas as partes acordam em não submeter o litígio perante os tribunais estaduais. O caso será apresentado perante particulares, cuja decisão vincula as partes.

Quando falamos em arbitragem de investimento referimo-nos a uma forma de arbitragem que trata da resolução de litígios relacionados com um investimento, entre um Estado soberano que recebe o investimento e o investidor estrangeiro, geralmente ao abrigo de um tratado bilateral de investimento (*bilateral investment treaty*, BIT de em diante) celebrado entre o Estado recetor e o Estado do investidor, ou ao abrigo de um tratado multilateral, como o Tratado da Carta da Energia¹⁶⁰ ou a NAFTA¹⁶¹.

Os primeiros acordos multilaterais referentes à resolução de litígios entre Estados por via arbitral surgem já no fim do século XIX e início do século XX, com as Convenções da Haia para a Resolução Pacífica de Litígios Internacionais, de 1899 e 1907, mas é apenas no pós-guerra da segunda guerra mundial que o panorama verdadeiramente se altera como direito de propriedade a constar da Declaração Universal de Direitos Humanos, da Convenção Europeia de Direitos Humanos e de diversas constituições.

A Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados que criou o Centro Internacional Para a Resolução de

¹⁵⁹ Luís de Lima Pinheiro, Introdução à arbitragem de investimentos no sector da energia perante as ordens jurídicas portuguesas e angolana, *in* Revista da Ordem dos Advogados, A. 75, nº 1 (Jan.-Jun. 2015), 2015, página 17.

¹⁶⁰ Tratado da Carta da Energia, tratado multilateral celebrado a 17 de outubro de 1994 em Lisboa e ratificado por vários Estados, pela União Europeia e pela Comunidade Europeia da Energia Atómica. A matéria relativa à promoção e à proteção do investimento estrangeiro na Parte III do Tratado e a matéria relativa à resolução de litígios na Parte V, Artigo 26.º(4). Ao abrigo do n.º 4 o investidor tem várias opções, podendo recorrer à arbitragem CIRDI (desde que o Estado do investidor e o Estado de acolhimento do investimento sejam partes da Convenção CIRDI), ao mecanismo suplementar de resolução de litígios do CIRDI caso apenas um dos Estados referidos seja parte da Convenção CIRDI (cujas regras se baseiam nos Regulamentos de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional — CNUDCI — e da Câmara de Comércio Internacional — CCI), à arbitragem ad hoc (de acordo com as regras do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI) e por fim, à arbitragem organizada ao abrigo do *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*. O Tratado da Carta da Energia define um quadro jurídico de cooperação na área da energia.

¹⁶¹ Tratado Norte-Americano de Livre Comércio, acordo de comércio livre celebrado a 17 de dezembro de 1992 em San Antonio, Texas, sendo que a matéria relativa à proteção do investimento estrangeiro e à resolução de litígios consta do capítulo 11.

Diferendos Relativos a Investimentos (na sigla inglesa, ICSID), celebrada em Washington em 1965 (também conhecida como a Convenção de Washington ou Convenção CIRDI) é a mais relevante para efeitos do estudo da Arbitragem de Investimento. O ICSID foi a primeira instituição criada especialmente para a resolução de arbitragens de litígios de investimento estrangeiro. Segundo as Regras Sobre Facilidades Adicionais de 1978, a arbitragem ICSID foi alargada a outros litígios, desde que pelo menos o Estado-parte ou o Estado de que é originário o investidor, seja membro da Convenção.

Alguns Estados optaram também por celebrar acordos de investimento bilaterais durante a década de 60, e o bilateralismo generaliza-se quando os Estados Unidos da América criam um modelo de acordo bilateral de investimento e adotam um programa de celebração destes instrumentos no fim da década de 70. Atualmente, além da regras da arbitragem CIRDI, muitos acordos de investimento bilaterais e alguns instrumentos multilaterais como o Tratado da Carta da Energia¹⁶², oferecem hipótese de escolha ao investidor entre várias formas de resolução de litígios, como as regras da UNCITRAL, ou mesmo criar um novo mecanismo, como é o caso do Acordo CETA e do Acordo TTIP. Estamos assim perante um sistema fragmentado.

Os litígios de investimento apresentam uma série de especificidades face a litígios de comércio internacional em geral, o que veio justificar a autonomização da categoria da arbitragem de investimento dentro da arbitragem comercial internacional. Desde logo porque a conduta ilícita pode constituir uma ação ou omissão que poderia caber a um ente privado (as chamadas *contract claims*), como uma contribuição financeira a um dado projeto, sendo que muitas vezes estão em causa atos típicos de um Estado, como uma alteração legislativa, uma nacionalização ou até a inação do poder judiciário (as chamadas *treaty claims*)¹⁶³. Assim, estes litígios têm potencialmente uma influência que vai muito além da relação económica entre Estado e investidor. Por outro lado, uma das partes será

¹⁶² O Artigo 26.º da Carta da Energia permite a escolha entre os tribunais nacionais, meios alternativos de resolução de litígios acordados entre as partes, a arbitragem CIRDI, o Additional Facility CIRDI (em português Regras Sobre Facilidades Adicionais, de 1978), as regras da UNCITRAL e as regras da Câmara de Comércio de Estocolmo.

¹⁶³ A questão da diferenciação entre diferentes condutas estaduais tem sido objeto de discussão por parte da doutrina e da jurisprudência, não existindo uma definição consensual do que constitui um ato soberano e um ato comercial. Não analisaremos a referida discussão por se encontrar fora do âmbito material do tema da presente dissertação.

sempre um Estado soberano¹⁶⁴ e o Direito aplicável à causa assume também especificidades, dado que estamos perante litígios regidos pelo Direito Internacional e cuja ilicitude surge da violação de um instrumento internacional (como um acordo de investimento).

Por fim, estamos perante litígios em que as duas partes têm uma relação duradoura, de interdependência e, onde o valor do investimento alcança valores muitas vezes extremamente elevados.

Por apresentarem as especificidades referidas, estes litígios são resolvidos por regra ao abrigo do quadro normativo da Convenção CIRDI, perante o CIRDI, podendo também ser submetidos perante um tribunal *ad hoc* ou ainda, perante centros de arbitragem especializados em arbitragem comercial internacional, como o ICC.

Este paradigma tem sido objeto de algum criticismo, sendo difícil de aceitar para a opinião pública que investidores estrangeiros (normalmente grandes empresas multinacionais com elevado poder económico) possam desafiar a soberania dos Estados e até gerar alterações no ordenamento jurídico interno, um aspeto que não se verifica na arbitragem comercial internacional. Falamos aqui da crise de legitimidade pelo qual a arbitragem de investimento está a passar nos tempos atuais, em especial nos países da América Latina e nos Estados Unidos da América¹⁶⁵. Um argumento que tem sido invocado é o facto de os tribunais arbitrais serem parciais em benefício dos investidores¹⁶⁶, crítica que é contrariada pelas estatísticas recolhidas pelos casos decididos ao abrigo da CIRDI¹⁶⁷.

¹⁶⁴ De notar que o litígio pode ter por base uma atuação não do Estado em si, mas de agências governamentais ou meros departamentos que o integrem.

¹⁶⁵ Vide a carta emitida pelos legisladores americanos sobre a sua oposição à inclusão de cláusulas referentes à arbitragem entre investidores e Estados no TTIP:

<http://www.citizen.org/documents/State-Legislators-Letter-on-Investor-State-and-TPP.pdf>

¹⁶⁶ Este argumento teve por base as recentes renúncias por parte de países como a Bolívia, o Equador e a Venezuela, em 2007, 2009 e 2012. A aversão à arbitragem de investimento teve acolhimento constitucional quando as constituições do Equador e da Bolívia passaram a vedar que os Estados celebrem acordos de investimento que prevejam o recurso à arbitragem internacional (artigo 422.º e 366.º, respetivamente).

¹⁶⁷ Para consultar os dados referente aos casos CIRDI do ano de 2018:

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2018ICSIDAnnualReport.ENG.pdf>

Neste sentido ver também o estudo realizado por Susan Franck, demonstrando que em termos de resultados de sentenças não é possível afirmar que estes mecanismos sejam parciais ao investidor, referenciado em Anna Joubin-Bret, Jean E. Kalicki, editado por, Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century, Nijhoff International Investment Law Series, Leiden, 2015, página 252.

Em segundo lugar, tem sido invocada a falta de transparência, como se verificou durante as negociações do TTIP¹⁶⁸. Salientamos que, segundo o artigo 48.º(4) das Regras ICSID sobre Arbitragem, é necessário o consentimento das partes para a publicação das sentenças, mas a prática demonstra que em regra as decisões são objeto de publicação. Por outro lado, em 2014 foram adotadas as Regras da UNCITRAL sobre transparência, cujos artigos 2.º e 3.º enunciam que a confidencialidade das decisões deve ser excecional.

Por fim, o argumento de que é um sistema desenhado para beneficiar grandes multinacionais tem sido contestado, dado que num estudo feito pela OCDE em 2012, aferiu-se que em cerca de 90 casos (entre os quais 50 casos tinham sido resolvidos ao abrigo do CIRDI e 40 constituíam casos da UNCITRAL), 22% dos casos o investidor era uma pessoa singular ou empresas com uma ou duas operações no estrangeiro e apenas 8% dos casos tinham do lado do investidor grandes multinacionais¹⁶⁹. No entanto, em cerca de um terço dos casos analisados não foi possível aferir que tipo de investidor estava em causa.

¹⁶⁸ Vide a comunicação “*European Commission to fund new international transparency database for Investor-to-state disputes (ISDS)*”: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1054>

¹⁶⁹ Vide as páginas 16 e 17 do documento: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf>

5. INCOMPATIBILIDADE ENTRE MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS COM INVESTIDORES E DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Como salienta Thomas Eilmansberger¹⁷⁰, até tempos recentes a relação entre o Direito da União Europeia e os acordos bilaterais de investimento não levantava especial problema, dado que os Estados-Membros sempre contrataram a título individual, atuando no âmbito das suas competências externas próprias.

No panorama atual podemos identificar uma série de possíveis conflitos entre a celebração dos BIT e o regime vigente de Direito da União Europeia. O primeiro dos quais é a própria competência para celebrar acordos internacionais quando esteja em causa o investimento estrangeiro, discutindo-se se esta é uma competência exclusiva da União Europeia, dos Estados-Membros ou uma competência partilhada. O segundo problema passa pela incompatibilidade de atribuição de jurisdição ao tribunal arbitral. Não será abordada a incompatibilidade substantiva dos acordos de investimento com o Direito da União Europeia.

De notar que não vigora um sistema de precedente¹⁷¹, nem na ordem jurídica europeia nem no âmbito da arbitragem de investimento, dado que a *ratio decidendi* das decisões dos tribunais em questão não vincula as decisões posteriores. A jurisprudência é ainda assim fundamental para o estudo da arbitragem de investimento e as decisões arbitrais, assim como as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, que se baseiam em casos anteriores.

5.1. Competência para negociar e celebrar acordos internacionais

No que toca às competências externas da União Europeia, esta pode celebrar acordos internacionais com Estados terceiros ou organizações internacionais, nos termos gerais

¹⁷⁰ Thomas Eilmansberger, Capítulo V: Investment Arbitration – Bilateral Investment Treaties and EU Law, in Zeiler, Gerold, Welser, Irene, Austrian Arbitration Yearbook on International Arbitration, Volume 2009, 2009, página 515.

¹⁷¹ Neste sentido ver a seguinte jurisprudência: Caso *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, Final Award, UNCITRAL*, 3 de setembro de 2001; Caso *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic, Partial Award, UNCITRAL*, 13 de setembro de 2001; Caso *AES Corporation v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/17*, 26 de abril de 2005.

do Artigo 216.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (de em diante TFUE). A ordem jurídica europeia deixa uma margem para os Estados-Membros negociarem e celebrarem acordos internacionais por si, desde que tal não colida com a competência externa exclusiva atribuída à União Europeia. Por outro lado, no âmbito de competências partilhadas, as mesmas podem ser exercidas pelos Estados-Membros quando não tenham sido exercidas pela da União Europeia.

Os Artigos 206.º e 207.º do TFUE, definem uma competência exclusiva na celebração de acordos pautais e comerciais sobre comércio de mercadorias e serviços e sobre investimento estrangeiro direto (Artigo 207.º, n.º 1 TFUE). O investimento direto estrangeiro passou a incluir-se no âmbito da política comercial comum, resultando na perda de competência dos Estados-Membros (artigo 2.º e 3.º, alínea (e) do TFUE). A parte final do n.º 1 do artigo 2.º TFUE permite que a União Europeia possa ainda assim habilitar os Estados-Membros em matérias da sua competência exclusiva. A União beneficia ainda de uma competência implícita para celebrar acordos de investimentos que pertençam ao escopo de competências internas da União. Não sendo estas competências implícitas exercidas, podem ser sempre exercidas pelos Estados-Membros.

Ao abrigo da nova redação do Artigo 207.º TFUE e da nova estratégia da União Europeia para o Comércio e o Investimento¹⁷², a União Europeia procedeu à negociação do *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) com o Canadá, e do *EU-Singapore Free Trade Agreement* (FTA), com Singapura.

O TFUE prevê assim uma competência externa exclusiva no que toca ao investimento estrangeiro direto, passando a integrá-lo no espectro da política comercial comum, tendo sido esta competência transferida dos Estados-membros para a Comissão Europeia. O Regulamento (UE) N.º 1219/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012, estabelece disposições transitórias para os acordos bilaterais de investimento entre os Estados-Membros e países terceiros¹⁷³. Foi concedida permissão

¹⁷² Sobre este tema consultar: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf

¹⁷³ Ao abrigo do regulamento nº1219/2012, desde que notificada a Comissão Europeia, os acordos de investimento celebrados pelos Estados Membros antes de 1 de dezembro de 2009 vigoram até à conclusão de um novo acordo entre a União Europeia e o Estado terceiro (artigos 2.º e 3.º). Os acordos assinados entre 1 de dezembro de 2009 e 9 de janeiro de 2013 são mantidos em vigor ao abrigo do procedimento do artigo 12º. Como vimos os Estados Membros podem (com a autorização da União) celebrar novos acordos após 9 de janeiro de 2013 desde que com autorização nos termos do artigo 9.º do regulamento (e do artigo 2.º, nº1 do TFUE), e por fim, a Comissão Europeia pode intervir nos processos de resolução de litígios previstos no acordo de investimento (artigo 13.º, b), c) do regulamento n.º 1219/2012).

aos Estados-Membros de *iniciar negociações com um país terceiro com vista a alterar um acordo bilateral de investimento existente ou a celebrar um novo acordo bilateral de investimento*, desde que seja adotado o procedimento descrito nos artigos 8.º a 11.º do mesmo regulamento. Os Estados-Membros podem assim celebrar novos acordos de investimento, desde que a Comissão Europeia dê autorização nesse sentido.

No Parecer 1/94 do Tribunal de Justiça¹⁷⁴, o tribunal entendeu que referentemente ao Acordo GATS (General Agreement on Trade in Services), a competência da Comunidade Europeia para a política comercial comum não se estendia ao investimento estrangeiro direto em relação a Estados terceiros (para o tribunal o investimento estrangeiro implica um estabelecimento duradouro num Estado, englobando a política comercial comum apenas a troca transfronteiriça de bens). No entanto, como salienta Markus Burgstaller¹⁷⁵, a prática posterior tem vindo a demonstrar que os Estados-Membros não são livres de celebrar e cumprir acordos de investimento, e que os mesmos pertencem à competência da União Europeia¹⁷⁶.

Por outro lado, surge ainda o problema da competência externa implícita. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, tal verifica-se quando a celebração de um acordo internacional contribua para os objetivos do exercício de uma competência interna¹⁷⁷.

Tal verificou-se com a *Minimum Platform on Investment*, discutindo-se se a mesma contribuía para assegurar os objetivos do antigo Artigo 57.º(2) TCE (atual Artigo 64.º

¹⁷⁴ Parecer do Tribunal de Justiça, de 15 de novembro de 1994, sobre a competência da Comunidade Europeia para concluir acordos internacionais em matéria de serviços e de protecção da propriedade intelectual, Parecer 1/94, ECLI:EU:C:1994:384. A Comissão Europeia pediu o parecer do Tribunal de Justiça referentemente à competência da Comunidade Europeia para concluir o Acordo que cria a Organização Mundial do Comércio, e designadamente o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS) e o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, incluindo o comércio de mercadorias em contrafação (em inglês Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, ou na sigla TRIPS).

¹⁷⁵ Markus Burgstaller, Parte IV, Capítulo 19: European Law Challenges to Investment Arbitration, in Waibel, Michael, Kaushal, Asha, The Backlash against Investment Arbitration, Kluwer Law International, 2010, página 474.

¹⁷⁶ Neste sentido, a Decisão da Comissão Europeia de 30 de Outubro de 2014, pedindo uma opinião ao Tribunal de Justiça ao abrigo do Artigo 218.º (11) TFUE, sobre a competência da União para assinar e concluir um Acordo de Comércio Livre com Singapura, C(2014) 8218 final.

¹⁷⁷ Neste sentido os parágrafos 114-115 do Parecer do Tribunal de Justiça da União Europeia de 7 de fevereiro de 2003, sobre a competência da Comunidade Europeia para concluir a nova Convenção do Lugano sobre a competência judiciária, o reconhecimento e a execução de decisões em matéria civil e comercial, Parecer 1/03, ECLI:EU:C:2006:81. Ver também os pareceres e a jurisprudência aí citados.

TFUE), dado que a celebração de um acordo internacional facilita a regulação do acesso ao mercado e estimula este acesso. Segundo a Jurisprudência *AETR* do Tribunal de Justiça¹⁷⁸, os Estados-Membros deixam de ser competentes para celebrar acordos quando a União legisle sobre a matéria. Mesmo antes do Tratado de Lisboa, com a *Minimum Platform on Investment*, os Estados deixaram de ter competência para celebrar acordos sobre o acesso ao mercado, cláusula do tratamento nacional e a cláusula da nação mais favorecida quanto ao investimento estrangeiro direto, ou seja, competência para celebrar acordos internacionais relacionados com o investimento estrangeiro.

Com o Tratado de Lisboa, a União Europeia passou expressamente a ter competência externa no que se refere ao investimento estrangeiro direto, sendo vedado aos Estados-Membros a celebração de tratados de investimento que pertençam à competência externa da União Europeia, ao abrigo do Artigo 2.º(1) TFUE. Discute-se, no entanto, qual o âmbito da competência exclusiva da União Europeia.

Em primeiro lugar, o Artigo 64.º TFUE (antigo Artigo 57.º TCE) apenas refere o investimento direto estrangeiro, estando esta noção definida nas notas explicativas da Diretiva do Conselho 88/361/EEC de 24 de junho de 1988, referentes ao Artigo 67.º do TCE¹⁷⁹: “*Os investimentos de qualquer natureza efetuados por pessoas singulares, empresas comerciais, industriais ou financeiras e que servem para criar ou manter relações duradoura ou diretas entre o investidor e o empresário ou a empresa a que se destinam esses fundos com vista ao exercício de uma atividade económica; existe participação com carácter de investimento direto, quando o bloco de ações que se encontra na posse de uma pessoa singular, de uma outra empresa ou de qualquer outro detentor, dá a esses acionistas, quer por força no disposto na legislação nacional sobre as sociedades por ações, quer por qualquer outro modo, a possibilidade de participarem efetivamente na gestão dessa sociedade ou no seu controlo*”¹⁸⁰. Neste sentido, a noção de

¹⁷⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de março de 1971, *Comissão das Comunidades Europeias contra Conselho das Comunidades Europeias*, Processo C-22/70, ECLI:EU:C:1971:32, parágrafo 17: “*Em especial, sempre que, para execução duma política comum prevista pelo Tratado, a Comunidade tome disposições que instituem, sob qualquer forma, regras comuns, os Estados-membros, quer agindo individual quer colectivamente, deixam de ter o direito de contrair para com Estados terceiros obrigações que afectem estas regras.*”

¹⁷⁹ Diretiva do Conselho 88/361/EEC de 24 de junho de 1988 para a execução do artigo 67.º do TCE, JO L 178/5 de 8.7.1988.

¹⁸⁰ O Anexo I da Diretiva do Conselho 88/361/EEC de 24 de junho de 1988 dá exemplos de casos de investimento estrangeiro direto.

investimento direto estrangeiro é ampla e a competência da União Europeia em matéria de investimento é bastante vasta, dado que a letra do Artigo 207.º TFUE não refere qualquer limitação. Por outro lado, o investimento indireto é uma competência partilhada entre os Estados-Membros e a União Europeia, no qual a atuação da União está sujeita ao princípio da subsidiariedade, de acordo com o n.º 3 do artigo 5.º do Tratado da União Europeia (de em diante TUE) e o artigo 4.º, alínea (a) do TFUE.

Acordos comerciais como o CETA tratam não apenas do investimento direto, mas também do chamado investimento indireto, os chamados acordos mistos¹⁸¹. Como realça Dário Moura Vicente¹⁸², podemos defender que o investimento indireto é coberto pelos Artigos 3.º, n.º 2, e 63.º, n.º 1, do TFUE, dado que este tipo de investimento pode afetar a livre circulação de capitais. A questão não é pacífica.

Alguma Doutrina tem visto no Artigo 207.º (6) TFUE uma possível limitação ao âmbito da competência da União Europeia, excluindo a expropriação dos tratados de investimento, dado que o Artigo 345.º TFUE define que os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-Membros. O TJUE tem no entanto interpretado o atual Artigo 345.º TFUE de forma restritiva, entendendo que as restrições ao direito de propriedade têm de ser justificadas à luz da ordem jurídica europeia¹⁸³.

¹⁸¹ A noção de investimento para efeitos do CETA (*Comprehensive Economic Trade Agreement*, celebrado entre a União Europeia e o Canadá) consta do capítulo 8, artigo. 8.1.º e é a seguinte: “*investment means every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:*

- (a) *an enterprise;*
- (b) *shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise;*
- (c) *bonds, debentures and other debt instruments of an enterprise;*
- (d) *a loan to an enterprise;*
- (e) *any other kind of interest in an enterprise;*
- (f) *an interest arising from:*
 - (i) *a concession conferred pursuant to the law of a Party or under a contract, including to search for, cultivate, extract or exploit natural resources,*
 - (ii) *a turnkey, construction, production or revenue-sharing contract; or*
 - (iii) *other similar contracts;*
- (g) *intellectual property rights;*
- (h) *other moveable property, tangible or intangible, or immovable property and related rights;*
- (i) *claims to money or claims to performance under a contract..”*

¹⁸² Dário Moura Vicente, Os mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores na perspetiva europeia: desenvolvimentos recentes, in: *Liber amicorum* Fausto de Quadros, Almedina, Coimbra, Volume 1, 2016, página 702.

¹⁸³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de setembro de 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contra Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias*, Processos apensos C-402/05 P e C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, parágrafo 355: “*Segundo*

De acordo com os tratados, a União Europeia é competente para celebrar acordos de investimento, desde que se refiram a investimento estrangeiro direto. Ou seja, acordos que tratem de outros tipos de investimento são acordos mistos e terão de ser celebrados conjuntamente pelas instituições europeias e pelos Estados-Membros. Tal foi o caso do Tratado da Carta da Energia referido *supra*. A competência exclusiva da União Europeia nesta matéria pode justificar-se com a necessidade de haver uma política integrada no que toca ao comércio e ao investimento, e no facto de a União Europeia ter mais poder de negociação e uma posição mais forte do que os Estados individualmente, permitindo uma negociação mais eficaz, dado que um só acordo será aplicável a vinte e sete Estados-Membros. Como contra-argumento surge o facto de os Estados poderem ter interesse em adotar políticas isoladas.

No entanto a Convenção CIRDI apenas pode ser subscrita por Estados que sejam partes do estatuto do Tribunal Internacional de Justiça ou que integrem o Banco Mundial, nos termos do Artigo 67.º, e não por organizações supranacionais como a União Europeia, apesar das suas especificidades que apresenta. Pelo Artigo 66.º (1), uma alteração à convenção implica o acordo de todos os Estados Contratantes, o que é altamente improvável tendo em conta o elevado número dos mesmos. Por agora a consequência é a de que a Convenção CIRDI se encontra vedada aos Estados-Membros. Tal como realça Dário Moura Vicente¹⁸⁴, mais simples se afigura a adesão da União Europeia às regras do ICSID sobre Facilidades Adicionais, dado que a sua revisão carece apenas da intervenção do Conselho Administrativo desta entidade. Isto pode significar que a Arbitragem CIRDI ficará vedada aos Estados-Membros da União Europeia, na falta de revisão da Convenção de Washington ou das Regras do ICSID sobre Facilidades Adicionais.

Os desenvolvimentos recentes demonstram que quanto à arbitragem de investimento a União Europeia adotou uma abordagem que não a de uma possível adesão à Convenção CIRDI. Por via do Acordo CETA e do Acordo TTIP (acordos que procuram substituir os

jurisprudência constante, o direito de propriedade faz parte dos princípios gerais do direito comunitário. Todavia, este princípio não constitui uma prerrogativa absoluta, devendo ser tomado em consideração relativamente à sua função na sociedade. Por conseguinte, podem ser impostas restrições ao exercício do direito de propriedade, desde que tais restrições correspondam efectivamente a objectivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade e não constituam, atendendo ao fim prosseguido, uma intervenção excessiva e intolerável que atente contra a própria substância do direito assim garantido". Neste sentido ver também a jurisprudência aí citada.

¹⁸⁴ Dário Moura Vicente, Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais, in: Revista da Ordem dos Advogados, A. 71, nº 3 (Jul.-Set. 2011), página 767.

acordos bilaterais de investimentos celebrados entre os Estados-Membros e o Canadá e os Estados Unidos da América, respetivamente) a União propôs a criação de um novo sistema de resolução de litígios de investimento. Esta questão será analisada a fundo na presente dissertação.

Recentemente, o TJUE entendeu que quanto ao FTA celebrado com Singapura, a União Europeia não tem competência exclusiva quanto ao regime de resolução de litígios de investimento entre os investidores e os Estados¹⁸⁵. Segundo o tribunal a criação deste sistema de resolução de litígios tem como consequência a perda de jurisdição dos tribunais estaduais e o seu estabelecimento carece do consentimento dos Estados por esse motivo. Em consequência, estes acordos de investimento que têm vindo a ser celebrados pela União Europeia (e cujo número tem tendência a aumentar no futuro) são acordos mistos, que pela ordem jurídica europeia devem ser celebrados pela União e pelos Estados-Membros de forma conjunta. Daí resulta que os Estados-Membros terão sempre de se pronunciar em acordos que tratem da resolução de litígios que digam respeito a investimento estrangeiro, mesmo quando direto.

5.2. Atribuição de Jurisdição a um Tribunal Arbitral

5.2.1. Competência do Tribunal de Justiça da União Europeia

O TJUE tem como função garantir o respeito do Direito da União Europeia na interpretação e aplicação dos tratados (Artigo 19.º TUE, n.º 1).

Outra questão onde se discute a conformidade da previsão de mecanismos de resolução de litígios em sede de acordos de investimento com o Direito da União Europeia, é a possível violação das competências exclusivas do TJUE pelas cláusulas arbitrais incluídas nestes acordos. Surgem assim os casos em que através da celebração de um acordo de investimento, as partes contratantes (o Estado recetor do investidor e o Estado de origem do investidor) ficam obrigadas a submeter litígios relacionados com o investimento à

¹⁸⁵ Parecer do Tribunal de Justiça, de 16 de maio de 2017, sobre se a União tem a competência necessária para assinar e celebrar por si só o acordo de comércio livre com Singapura, Parecer 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, parágrafos 285-304.

arbitragem de investimento¹⁸⁶, ou quando exista opção de escolha, escolham um tribunal arbitral em vez de um tribunal estadual¹⁸⁷.

O Artigo 25.º, n.º1, da Convenção CIRDI define a competência do Centro de Arbitragem, abrangendo os diferendos de natureza jurídica diretamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa coletiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado contratante, diferendo esse cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes, sendo que para esta se verificar tem de haver uma cláusula arbitral num BIT ou noutro instrumento. A jurisdição do Centro depende assim do consentimento escrito das partes, o que por um lado explica que a Convenção não defina o que se entende por investimento internacional¹⁸⁸. Ao abrigo do artigo 26.º da Convenção CIRDI, uma vez dado esse consentimento para a submissão do litígio à arbitragem CIRDI, tal implica (salvo disposição em contrário) uma renúncia a qualquer outro meio de resolução de litígios.

No Caso *MOX plant*¹⁸⁹ do TJUE, o tribunal concluiu que a Irlanda violou os antigos artigos 10.º e 292.º do TCE (atuais Artigo 4.º, parágrafo 3 TEU e Artigo 344.º TFUE), por ter submetido o litígio ao abrigo da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, quando o Artigo 292.º TCE obrigava os Estados-Membros a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um meio de resolução de litígios diferente dos previstos nos Tratados (o atual Artigo 344.º TFUE tem a mesma redação).

Estava em causa uma fábrica localizada no Reino Unido, responsável pela produção de um combustível chamado *Mox*. Tendo em vista preocupações ambientais, a Irlanda instaurou um processo contra o Reino Unido no tribunal arbitral constituído ao abrigo da Convenção das Nações Unidas para a Proteção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste. Em consequência, a Comissão desencadeou o processo por incumprimento previsto no

¹⁸⁶ Acordo bilateral celebrado entre o Afeganistão e a Alemanha, em 20 de abril de 2005, apenas permite o recurso à arbitragem CIRDI, assim como o BIT celebrado entre a Albânia e a Áustria, em 18 de março de 1993, excluindo o recurso aos tribunais estaduais.

¹⁸⁷ Solução mais comumente adotada. Para consultar os acordos de investimento com base no conteúdo consultar: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>

¹⁸⁸ Neste sentido, a bibliografia citada por Lima Pinheiro. - Luís de Lima Pinheiro, Direito Internacional Privado, volume I, Almedina, Coimbra, 2015, página 192, nota de rodapé n.º 327.

¹⁸⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de maio de 2006, *Comissão das Comunidades Europeias contra Irlanda*, Processo C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, parágrafos 80-86. Neste sentido, também a jurisprudência aí citada.

artigo 226.º TCE, por entender que o litígio integrava a competência exclusiva do Tribunal de Justiça. No entendimento da Comissão, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, este tem competência para interpretar acordos mistos, não apenas quando as disposições em causa são da competência exclusiva da Comunidade, mas também quando fazem parte de uma das suas competências partilhadas, quando lhe é submetido um litígio em conformidade com as disposições do TCE¹⁹⁰.

No entendimento do tribunal, a Convenção integrava a ordem jurídica europeia, dado que estava em causa um acordo misto, celebrado pela Comunidade Europeia e pelos Estados-Membros ao abrigo de uma competência partilhada. No caso estava em causa um acordo multilateral e não bilateral, mas o entendimento do tribunal é transponível.

Diferentemente, Christer Söderlund¹⁹¹ salienta que não existe qualquer norma que vede a possibilidade de o Estado e o investidor optarem pelo recurso à arbitragem, da mesma forma que dois privados fariam. Segundo o autor¹⁹², e neste sentido também Thomas Eilmansberger¹⁹³, a lógica deste caso não é transponível para os acordos de investimento bilaterais, dado que não está em causa uma interpretação dos Tratados, mas uma interpretação e aplicação do acordo em questão, que por si só não integra a ordem jurídica da União Europeia. Por outro lado, não existe qualquer norma que atribua competência exclusiva ao TJUE para apreciar diferendos entre os Estados-Membros e os investidores. Como referimos *supra*, no caso *MOX plant*, a Convenção tinha sido celebrada ao abrigo de uma competência partilhada da Comunidade Europeia e dos Estados-Membros, tendo ambos intervindo no processo de celebração.

Segundo a jurisprudência *MOX Plant* do TJUE referida *supra*, estando em causa um litígio entre dois Estados iniciado ao abrigo do quadro jurídico da Convenção das Nações Unidas para a Proteção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste, os Estados-Membros estão obrigados a um dever de cooperação leal (atual Artigo 4.º (3) TUE, antigo Artigo

¹⁹⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de maio de 2006, *Comissão das Comunidades Europeias contra Irlanda*, Processo C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, parágrafo 63. Neste sentido também a jurisprudência aí citada.

¹⁹¹ Christer Söderlund, Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty, *in* Journal of International Arbitration, volume 24(5), Kluwer Law International, 2007, páginas 458-459.

¹⁹² Christer Söderlund, Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty, *in* Journal of International Arbitration, volume 24(5), Kluwer Law International, 2007, página 459. Christer Söderlund invoca ainda outro argumento que não procede atualmente, dado que após o Tratado de Lisboa a União Europeia passou a ter competência no âmbito do investimento direito estrangeiro.

¹⁹³ Thomas Eilmansberger, Bilateral Investment Treaties and EU Law, *in* Common Market Law Review, volume 46, Kluwer Law International, 2009, página 404.

10.º TCE) e devem informar e consultar as instituições europeias antes de iniciarem um litígio ao abrigo de uma convenção internacional, condenando a Irlanda por não o ter feito quanto a uma disputa com o Reino Unido¹⁹⁴.

Como vimos, a Doutrina questiona a aplicação desta jurisprudência a litígios entre investidores e Estados, nomeadamente Söderlund¹⁹⁵. Para o autor, tal não se verifica com base num argumento central: o facto de os litígios entre Estados e investidores não pertencerem à competência do TJUE e o facto de a ordem jurídica europeia apenas prescrever uma obrigação de submeter litígios perante no TJUE aos Estados-Membros, e não aos investidores. O autor invoca assim o facto de o Artigo 344.º TFUE apenas se reportar aos Estados-Membros. Na perspetiva da ordem jurídica europeia, o problema prende-se com o facto de, através destas arbitragens não se levarem ao TJUE questões relevantes de Direito da União Europeia, resultando num tratamento desigual entre os investidores que atuam no espaço europeu. No entanto, é muito questionável que esta atribuição de jurisdição seja um atentado suficientemente forte ao dever de cooperação leal forte para resultar na invalidade ou inaplicabilidade dos BIT internos. Este não deixa de ser um princípio geral. O autor defende assim que estes fatores não implicam a invalidade das disposições dos BIT.

A questão já foi discutida no Caso *Eureko*¹⁹⁶, ao abrigo do BIT celebrado entre os Países Baixos e a Checoslováquia (no qual sucedeu a Eslováquia), onde a Comissão demonstrou desagrado perante a atribuição de jurisdição ao tribunal arbitral. A Eslováquia questionou a jurisdição do tribunal arbitral com base numa série de fundamentos, invocando que a adesão à UE teria extinguido o BIT, ou tornado inaplicável a cláusula de atribuição de jurisdição ao tribunal arbitral, dado que a mesma é incompatível com a competência exclusiva do TJUE para decidir o pedido da *Eureko* (neste sentido, também a Comissão Europeia¹⁹⁷). O contra-argumento invocado pela *Eureko* foi o de que o seu direito de aceder à arbitragem não poderia ser afastado apenas por a Eslováquia ter decidido aderir

¹⁹⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de maio de 2006, *Comissão das Comunidades Europeias contra Irlanda*, Processo C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345, parágrafos 179-183.

¹⁹⁵ Christer Söderlund, *Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty*, in *Journal of International Arbitration*, volume 24(5), Kluwer Law International, 2007, páginas 458-459.

¹⁹⁶ Caso *Eureko B.V. v. Slovak Republic*, *UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension*, 26 de outubro de 2010.

¹⁹⁷ Caso *Eureko B.V. v. Slovak Republic*, *UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension*, 26 de outubro de 2010, parágrafos 26, 176-182.

à União Europeia¹⁹⁸. No caso, a decisão do tribunal foi no sentido do entendimento defendido pela *Eureko* e rejeitou as pretensões da República da Eslováquia e da Comissão Europeia, considerando-se competente e assumindo a sua jurisdição para decidir sobre o mérito da causa¹⁹⁹.

Quanto ao Tratado da Carta da Energia, assim como os FTA, e os Acordos CETA e TTIP este problema não se coloca da mesma forma, dado que são acordos internacionais dos quais a União Europeia é parte. No caso do Tratado da Carta da Energia, ao abrigo do artigo 26.º (3)(a), as partes contratantes dão o seu consentimento incondicional no sentido de os litígios sobre investimento serem resolvidos em sede de arbitragem internacional. Esta regra é excepcionada pelo mesmo artigo, (3)(b), que estatui que as partes contratantes referidas no anexo ID não se têm como incondicionalmente vinculadas quando o investidor tiver submetido o litígio aos tribunais judiciais estaduais, ou caso tiver sido acordada outra forma de resolução de litígios. Nesta lista constam alguns Estados-membros (Portugal incluído) e a União Europeia. Ou seja, sendo interposta a ação num tribunal judicial do Estado ou sendo acordada outra forma de resolução de litígios, o demandante renuncia implicitamente ao recurso à arbitragem internacional.

Como vimos, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que quanto ao FTA celebrado com Singapura, os Estados-Membros têm de dar o seu consentimento quando estiverem em causa acordos internacionais que contenham disposições relativa à resolução de litígios, dado que será afetada a jurisdição dos tribunais estaduais.

Tomando posição, somos da opinião que dificilmente podemos concluir que a atribuição de jurisdição a tribunais arbitrais nas relações de investimento, colida com a competência exclusiva do TJUE. Como veremos, o panorama veio a alterar-se com a decisão do TJUE no Caso *Achmea*.

5.2.2. Tribunais Arbitrais e Reenvio Prejudicial

¹⁹⁸ Caso *Eureko B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de outubro de 2010, parágrafos 61-62.

¹⁹⁹ Caso *Eureko B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de outubro de 2010, parágrafos 219-230. Uma análise da argumentação do tribunal será feita no ponto 2.4 do presente relatório, relativo à resolução da incompatibilidade entre os acordos de investimento e o Direito da União Europeia.

Um investidor protegido por um acordo de investimento poderá fazer valer o seu direito num tribunal arbitral, enquanto um investidor que invoque o Artigo 63.º do TFUE referentes às restrições de movimento de capitais, terá de recorrer a um tribunal estadual, que poderá reenviar a questão para o Tribunal de Justiça da União Europeia com base no Artigo 267.º do TFUE. O poder de escolha entre as duas opções pode ser visto como uma vantagem que pertence ao investidor do Estado que celebrou o acordo de investimento. Por esse motivo é pertinente analisar a admissibilidade do reenvio prejudicial dos tribunais arbitrais ou para-arbitrais para o TJUE, para de seguida analisar se esta vantagem resulta numa situação de discriminação.

Ao contrário do antigo Artigo 220.º do Tratado da Comunidade Económica Europeia e do Artigo 293.º do Tratado de Amesterdão, presentemente os Tratados não incluem nenhuma disposição que se refira diretamente à arbitragem²⁰⁰.

O atual Artigo 81.º(2)(g) TFEU confere poderes à União Europeia para desenvolver os métodos alternativos de resolução de litígios, indo além das normas anteriores, permitindo que a União Europeia tome a iniciativa, e alargando o âmbito material além do mero reconhecimento e execução das sentenças arbitrais. Por outro lado, ao abrigo da letra do Artigo 267.º (2) TFUE, o reenvio prejudicial é um direito que assiste aos tribunais dos Estados-Membros, e um dever que assiste aos tribunais de última instância dos Estados-Membros pelo mesmo artigo, n.º 3.

O TJUE teve oportunidade de se pronunciar sobre a subsunção dos tribunais arbitrais no conceito de tribunais dos Estados-Membros no Caso *Nordsee*²⁰¹. No que releva para a presente análise, estava em causa um litígio entre três empresas alemãs que submeteram o litígio a arbitragem, onde mais tarde o tribunal arbitral entendeu que a validade do contrato questão dependia da interpretação de normas europeias. O tribunal arbitral reenviou a questão para o Tribunal de Justiça da União Europeia, que teve de analisar a sua própria competência para julgar a causa à luz do atual Artigo 267.º TFUE (na altura artigo 177.º do Tratado que estabelece a Comunidade Económica Europeia).

²⁰⁰ Estes artigos prescreviam um dever dos Estados-membros de negociarem no sentido de assegurar o reconhecimento e execução recíprocos das sentenças arbitrais.

²⁰¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de março de 1982, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH contra Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG e Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG.*, Processo C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107.

No entendimento do tribunal, os tribunais arbitrais são semelhantes aos tribunais nacionais em vários aspetos, nomeadamente pelo facto de as arbitragens operarem dentro de um quadro legal, de o árbitro decidir de acordo com regras jurídicas, de se verificar força de caso julgado entre as partes e em princípio, a executoriedade da sentença arbitral²⁰². No entanto, o tribunal realçou que estas características não são suficientes para considerar os tribunais arbitrais como tribunais dos Estados-Membros para efeitos da norma que é hoje o Artigo 267.º TFUE, dado que o recurso à arbitragem é uma escolha livre e que por outro lado, as autoridades estaduais não intervêm na escolha de submeter o litígio à arbitragem, nem intervêm no processo arbitral²⁰³. O TJUE deixou em aberto a possibilidade do reenvio prejudicial ser feito por um tribunal nacional que colabore com o tribunal arbitral (*indirect referrals*), ou na fase de revisão da sentença²⁰⁴. O papel dos tribunais estaduais é no entanto muito restrito na maioria das legislações, dado que essa é também a linha seguida pela Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL²⁰⁵, cabendo às legislações nacionais aumentar o papel dos tribunais estaduais, de modo a possibilitar a intervenção tendo em vista o reenvio para o TJUE²⁰⁶. Ainda assim, nada garante que o tribunal estadual dê seguimento ao pedido do tribunal arbitral, dado que pelo 267.º (2) TFUE o juízo de relevância do reenvio cabe sempre ao tribunal estadual.

O tribunal confirmou o seu entendimento de exclusão dos tribunais arbitrais do mecanismo do reenvio em decisões posteriores²⁰⁷ e foi definindo uma série de requisitos

²⁰² Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de março de 1982, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH contra Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG e Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG.*, Processo C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107, parágrafo 10.

²⁰³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de março de 1982, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH contra Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG e Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG.*, Processo C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107, parágrafos 11-12.

²⁰⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de março de 1982, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH contra Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG e Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG.*, Processo C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107, parágrafos 14-15.

²⁰⁵ O Artigo 27.º da Lei Modelo apenas prevê que o tribunal arbitral possa pedir auxílio quanto à análise de prova, não referindo a análise de matéria de Direito.

²⁰⁶ O Artigo 1050.º da lei de processo civil alemã permite que o tribunal arbitral peça a colaboração de um tribunal estadual competente para que sejam tomadas medidas fora da sua competência. Jürgen Basedow inclui nesta disposição o reenvio para o TJUE. - Jürgen Basedow, *EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice*, in *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International Volume 32, Issue 4, 2015, página 374.

²⁰⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 1 de junho de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV.*, Processo C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, parágrafo 34: “A este propósito, o Tribunal de Justiça considerou, nos n.ºs 10 a 12 do mesmo acórdão, que um tribunal arbitral voluntário não constitui um «órgão jurisdicional de um Estado-Membro», na aceção do artigo 177.º do

que têm de estar reunidos para que estejamos perante um tribunal de um Estado-Membro²⁰⁸ e que hoje constituem *settled case law*: a criação por lei; o carácter permanente; a jurisdição compulsória; o procedimento *inter partes*; a aplicação de regras jurídicas; o carácter independente.

Autores como Jürgen Basedow²⁰⁹ criticam esta decisão do tribunal com base no argumento de que nunca há uma obrigação de submeter o litígio à jurisdição dos tribunais estaduais, realçando o facto de este entendimento do TJUE originar uma esfera de atuação jurisdicional no qual não existe uma obrigação de respeitar o princípio do primado da União Europeia, dado que apenas os Estados-Membros estão obrigados a tal e a arbitragem é uma forma de resolução de litígios privada.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça da União Europeia no âmbito de um despacho de 13 de fevereiro de 2014, proferido no âmbito do Caso *Merck Canada inc. v. Accord Healthcare*²¹⁰, permitiu um pedido de decisão prejudicial de um tribunal arbitral constituído em Portugal. Como salienta Dário Moura Vicente²¹¹, os argumentos apontados pelo TJUE²¹² no presente despacho podem ser transpostos para a arbitragem de investimento, dado que o Tribunal de Justiça entendeu no passado que a submissão de questões prejudiciais era admissível, estando em causa “*um tribunal arbitral de origem*

Tratado, uma vez que não há qualquer obrigação, nem de direito nem de facto, de as partes contratantes confiarem os seus diferendos à arbitragem e que as autoridades públicas do Estado-Membro em causa não são implicadas na escolha da via da arbitragem nem chamadas a intervir oficiosamente no desenrolar do processo perante o árbitro.” Neste sentido, também o Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de janeiro de 2005, *Guy Denuit e Betty Cordenier contra Transorient - Mosaique Voyages et Culture SA.*, Processo C-125/04, ECLI:EU:C:2005:69, parágrafo 13.

²⁰⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de março de 1982, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH contra Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG e Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG.*, Processo C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107, parágrafos 14-15.; Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de janeiro de 2005, *Guy Denuit e Betty Cordenier contra Transorient - Mosaique Voyages et Culture SA.*, Processo C-125/04, ECLI:EU:C:2005:69, parágrafo 12; Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de janeiro de 2013, *Valeri Hariev Belov contra CHEZ Elektro Bulgária AD e outros*, Processo C-394/11, ECLI:EU:C:2013:48, parágrafo 38; Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de junho de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA contra Autoridade Tributária e Aduaneira*, Processo C-377/13, ECLI:EU:C:2014:1754, parágrafo 23.

²⁰⁹ Jürgen Basedow, EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice, in *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International Volume 32 Issue 4, 2015, páginas 369-370.

²¹⁰ Despacho do Tribunal de Justiça da UE de 13 de fevereiro de 2014, *Merck Canada Inc. contra Accord Healthcare Ltd e o.*, Processo C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92.

²¹¹ Dário Moura Vicente, Os mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores na perspetiva europeia: desenvolvimentos recentes, in *Liber amicorum Fausto de Quadros*, Volume 1, Almedina, Coimbra, 2016, página 713: “(...) o carácter necessário desse tribunal, a fonte legal dos seus poderes jurisdicionais e a equiparação dos efeitos das suas decisões às de um tribunal estadual - características estas que são comuns à arbitragem de investimentos.”

²¹² Despacho do Tribunal de Justiça da UE de 13 de fevereiro de 2014, *Merck Canada Inc. contra Accord Healthcare Ltd e o.*, Processo C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92, parágrafos 16-18 e jurisprudência aí citada.

legal, cujas decisões eram vinculativas para as partes e cuja competência não dependia de um acordo entre estas”²¹³. É de realçar que o TJUE não fez até a data qualquer distinção entre arbitragem comercial e arbitragem de investimento nos casos citados.

Para aferir se os tribunais arbitrais no âmbito da arbitragem de investimento podem recorrer ao reenvio prejudicial, é necessário analisar se os requisitos apontados pela jurisprudência do TJUE e mencionados *supra* se encontram reunidos.

Em primeiro lugar, a criação destes tribunais tem fonte legal, dado que é feita ao abrigo de acordos internacionais (equiparados à lei) e não de qualquer compromisso arbitral num contrato, no qual o Estado faz uma oferta pública de submeter o litígio a arbitragem, aceitando o investidor quando propõe a ação. Como realça Jürgen Basedow²¹⁴, estes tribunais diferem dos órgãos jurisdicionais de organizações internacionais, dado que estes aplicam regras jurídicas no âmbito da organização em si, num plano internacional, ao contrário do que se verifica com a arbitragem de investimento, que opera ao nível do Estado que recebeu o investimento e perante este.

Quanto ao requisito do carácter permanente, é discutível se podemos considerar que há permanência quando existe uma estrutura institucional permanente, como é o caso do CIRD. O TJUE considerou que o Tribunal Arbitral Tributário português tinha uma natureza permanente com base neste argumento, ainda que o tribunal arbitral se crie e se dissolva no fim de cada litígio²¹⁵.

O terceiro requisito é o da jurisdição compulsória do tribunal que reenvia a questão para o TJUE. No entendimento do tribunal, esta característica verifica-se quando a lei do Estado-Membro obrigue ao recurso à arbitragem ou quando apresente a arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios. O tribunal considera também que a falta de sistema de apelação pode ditar o carácter compulsório da jurisdição²¹⁶. É discutível se

²¹³ Despacho do Tribunal de Justiça da UE de 13 de fevereiro de 2014, *Merck Canada Inc. contra Accord Healthcare Ltd e o.*, Processo C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92, parágrafo 18. Neste sentido ver também o Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 17 de outubro de 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening, agindo por conta de Danfoss*, Processo C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383, parágrafos 7-9.

²¹⁴ Jürgen Basedow, EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International Volume 32 Issue 4, 2015, página 377.

²¹⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 12 de junho de 201, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA contra Autoridade Tributária e Aduaneira*, Processo C-377/13, ECLI:EU:C:2014:1754, parágrafo 26.

²¹⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 17 de outubro de 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening, agindo por conta de Danfoss*, Processo C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383, parágrafos 7-9; Despacho do Tribunal de Justiça da UE de 13 de fevereiro de 2014,

este requisito se encontra reunido. Os acordos de investimento têm a força de lei, onde consta o consentimento do Estado, sob a forma de uma oferta pública, consentindo o investidor através da submissão do litígio. Os investidores podem optar entre os tribunais estaduais ou a arbitragem de investimento. Por esse motivo, dificilmente poderemos considerar que estamos perante uma jurisdição compulsória. Quanto à obrigatoriedade da decisão e a possibilidade de recurso, a Convenção CIRDI veda esta possibilidade no Artigo 26.²¹⁷

No que toca aos restantes requisitos, os procedimentos são *inter partes* e é nos acordos de investimento que se define as normas jurídicas aplicáveis, aplicando o tribunal normalmente regras de Direito e não a equidade (as partes podem, no entanto, acordar na escolha da equidade, com base no artigo 42.º, n.º 3 da Convenção CIRDI). Por outro lado, os acordos incluem disposições referentes à independência dos árbitros.

À partida, e seguindo o entendimento de Jürgen Basedow²¹⁸, não vemos obstáculos a que seja admissível o reenvio prejudicial na arbitragem de investimento, na linha da jurisprudência citada do TJUE, quando as partes não possam optar pela equidade. Estas conclusões são, no entanto, meramente tendenciais, dado que em caso terá de ser tido em conta a fonte de criação do tribunal arbitral e qual o seu *modus operandi*. De notar também que não vigora uma regra de precedente no sistema jurisdicional europeu, podendo o TJUE recuar sempre nas suas posições.

Em sentido contrário, podemos invocar que a arbitragem de investimento não deixa de ser uma arbitragem voluntária (e não necessária, como é exigido pela jurisprudência do TJUE). Falamos aqui da natureza voluntária destas arbitragens dado que há sempre lugar ao consentimento das partes, o investidor opta por este meio de resolução de litígios, e ambos os Estados tiveram de consentir aquando da celebração do acordo de investimento.

Merck Canada Inc. contra Accord Healthcare Ltd e o., Processo C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92, parágrafos 18–19; e Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 12 de junho de 201, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA contra Autoridade Tributária e Aduaneira*, Processo C-377/13, ECLI:EU:C:2014:1754, parágrafos 28-29.

²¹⁷ Despacho do Tribunal de Justiça da UE de 13 de fevereiro de 2014, *Merck Canada Inc. contra Accord Healthcare Ltd e o.*, Processo C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92, parágrafo 19; Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 12 de junho de 201, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA contra Autoridade Tributária e Aduaneira*, Processo C-377/13, ECLI:EU:C:2014:1754, parágrafo 28; Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 27 de janeiro de 2005, *Guy Denuit e Betty Cordenier contra Transorient - Mosaïque Voyages et Culture SA.*, Processo C-125/04, ECLI:EU:C:2005:69, parágrafo 13.

²¹⁸ Jürgen Basedow, EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International Volume 32 Issue 4, 2015, páginas 379 e 380.

Este consentimento é realçado no Caso Eureka²¹⁹. Por outro lado, o TJUE tem entendido que este requisito se encontra também preenchido quando não exista um sistema de apelação.

A questão difere nos acordos que prevejam tribunais que integrem o novo sistema europeu de tribunais de investimento, como é o caso do Acordo CETA e do Acordo TTIP. Como veremos, nestes acordos procedem à criação de um sistema de recurso e onde a resolução de litígios apresenta uma natureza judicial. No entanto, a relação entre os tribunais criados por estes acordos e o TJUE não se encontra definida ainda, não constando do texto dos acordos, nem tendo havido pronúncia nesse sentido por parte das instituições europeias. Quanto a estes termos de esperar por desenvolvimentos futuros, nomeadamente a resposta ao pedido de parecer do TJUE feito pelo Reino da Bélgica.

Na verdade, é do interesse da União Europeia que os tribunais arbitrais possam remeter questões para o TJUE, tendo em conta o desenvolvimento da arbitragem e o aumento dos litígios decididos em sede de arbitragem que se tem vindo a verificar nas últimas décadas. Tendo em vista a salvaguarda de que a ordem jurídica europeia é efetivamente respeitada, assim como as normas aplicadas, esta via parece-me preferível à oposição *a posteriori* que foi feita no Caso *Micula*²²⁰ por parte das instituições europeias.

Esta tomada de posição levanta por outro lado uma série de questões. Sendo estes tribunais arbitrais tidos como tribunais europeus para efeitos do artigo 267.º TFUE, o reenvio prejudicial seria mais do que uma possibilidade, seria obrigatório, dado que estamos perante tribunais de última instância, que não admitem recurso. Tal levantaria problemas quanto a qual seria a consequência da não observação deste dever.

5.2.3. Atribuição de Jurisdição ao Tribunal Arbitral e Discriminação

Partindo do princípio que o acordo de investimento se mantém em vigor com a integração na União Europeia, persistirá sempre uma dissonância no que toca à resolução de conflitos, dado que um investidor protegido por um acordo de investimento irá fazer valer o seu direito num tribunal arbitral, enquanto um investidor que invoque o Artigo 63.º do

²¹⁹ Caso *Eureka B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de outubro de 2010, parágrafos 219-223.

²²⁰ Caso *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20.

TFUE terá de recorrer a um tribunal estadual, que poderá reenviar a questão para o Tribunal de Justiça da União Europeia com base no Artigo 267.º do TFUE. O poder de escolha entre as duas opções constitui assim uma vantagem que pertence ao investidor do Estado que celebrou o acordo de investimento. Assumindo que os tribunais arbitrais não podem levantar questões ao TJUE ao abrigo do Artigo 267.º TFUE, podemos discutir se estamos perante um caso de tratamento preferencial e (na outra face da moeda) de discriminação em função da nacionalidade, proibidos expressamente em sede do artigo 18.º TFUE²²¹.

Para Christer Söderlund²²², os acordos de investimento não originam qualquer discriminação entre investidores, dado que o mecanismo de resolução de litígios consagrado nestes acordos internacionais não atribui qualquer direito substantivo às partes, estabelecendo apenas um regime processual.

Já para Thomas Eilmansberger²²³ a discriminação pode ser resolvida por duas vias: pela eliminação do privilégio ou pela extensão deste aos restantes investidores que se encontrem na mesma situação. Desta forma, os investidores não abrangidos por um BIT poderiam invocar o recurso à arbitragem nos mesmos termos, o que está em sintonia com alguma jurisprudência do TJUE²²⁴.

Por outro lado, no âmbito do investimento pode ser afetada a liberdade de circulação de capitais e o atual Artigo 63.º TFUE. Como salienta Thomas Eilmansberger²²⁵, esta situação pode gerar situações de *forum shopping*, em que o investidor pode optar entre submeter o diferendo à arbitragem de investimento, em vez de invocar a violação do Artigo 63.º TFUE perante os tribunais estaduais, como disposto nos Tratados. Mas será o *forum shopping* fundamento suficiente para gerar a invalidade da atribuição de

²²¹ Neste sentido a seguinte jurisprudência do TJUE: Acórdão do Tribunal da UE de 21 de setembro de 1999, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland contra Finanzamt Aachen-Innenstadt*, Processo C-307/97, ECLI:EU:C:1999:438, parágrafo 58 e seguintes; Acórdão do Tribunal da UE de 15 de janeiro de 2002, *Elide Gottardo contra Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, Processo C-55/00, ECLI:EU:C:2002:16, parágrafo 34 e seguintes.

²²² Christer Söderlund, Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty, in *Journal of International Arbitration*, volume 24(5), Kluwer Law International, 2007, página 462.

²²³ Thomas Eilmansberger, Bilateral Investment Treaties and EU Law, in *Common Market Law Review*, volume 46, Kluwer Law International, 2009, páginas 402-403.

²²⁴ Segundo o autor o TJUE seguiu este entendimento no Acórdão de 27 de setembro de 1988, *Annunziata Matteucci contra Communauté française de Belgique e Commissariat général aux relations internationales de la Communauté française de Belgique*, Processo C-235/87, ECLI:EU:C:1988:460, parágrafo 23.

²²⁵ Thomas Eilmansberger, Bilateral Investment Treaties and EU Law, in *Common Market Law Review*, volume 46, Kluwer Law International, 2009, página 405.

competência a um tribunal arbitral? Pode neste caso o Direito da União Europeia não ser aplicado sem que o TJUE tenha oportunidade de se pronunciar? Para o autor, nada impede o investidor de submeter o diferendo a ambas as jurisdições, ou seja, mesmo que em sede de arbitragem de investimento não se coloque a questão da violação do DUE, o investidor ou a Comissão podem sempre fazer valer o seu direito²²⁶. A questão pode ser suscitada até na fase da execução da sentença arbitral, havendo aí intervenção do tribunal estadual, que pode reenviar a questão para o TJUE ao abrigo do Artigo 267.º TFUE.

Tomando posição, não me parece que a celebração de um acordo de investimento leve a situações de discriminação entre investidores que atuem no Mercado Interno. Para tal teríamos de assumir que o recurso à arbitragem de investimento favorece o investidor em comparação com os restantes. Penso que não podemos assumir esta posição, em primeiro lugar, pelo argumento apontado por Christer Söderlund de que a atribuição de jurisdição aos tribunais arbitrais em causa não atribui por si só qualquer direito substantivo às partes, estabelecendo apenas um regime processual. Em segundo lugar, uma análise das sentenças arbitrais indica que na prática a arbitragem de investimento não favorece os investidores, sendo o resultado das decisões bastante equilibrado²²⁷.

²²⁶ Thomas Eilmansberger, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *Common Market Law Review*, volume 46, Kluwer Law International, 2009, página 405.

²²⁷ É possível consultar as estatísticas referentes ao resultado das sentenças arbitrais emitidas ao abrigo da Arbitragem CIRDI em: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx>
Para consultar estatísticas referentes à arbitragem de investimento em geral, e não apenas a arbitragem ICSID consultar: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>

6. RESOLUÇÃO DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E OS ACORDOS DE INVESTIMENTO

Depois de verificado o primeiro passo (o da verificação de que existe uma efetiva incompatibilidade entre a ordem jurídica europeia e o acordo de investimento), o segundo passo é a resolução da incompatibilidade, podendo a solução ser encontrada no próprio acordo de investimento, em sede do Direito da União Europeia ou ao abrigo do Direito Internacional Público.

Muitas vezes os acordos de investimento remetem para a aplicação de fontes de Direito Internacional, como acordos internacionais ou os princípios gerais de Direito Internacional. Mesmo que não o façam, atribuem em muitos casos um papel meramente secundário ao Direito Internacional Público, em caso de integração de lacunas ou apenas quando a sua aplicação se mostre mais favorável ao investidor (neste sentido o artigo 13º do BIT celebrado entre a Áustria e a Eslovénia, em 7 de março de 2001). Como reconhece Thomas Eilmansberger, não deixam de ser instrumentos de Direito Internacional Público e por isso, a sua aplicação e a relação com outros instrumentos deve ser norteada por princípios de Direito Internacional. Para o autor, o Direito da União Europeia nunca pode ser assim ignorado pela sentença arbitral, quer por ser uma fonte de Direito Internacional, quer por integrar a ordem jurídica interna do Estado-Membro.

No Caso *Eastern Sugar*, o tribunal rejeitou os argumentos da República Checa no sentido de a adesão à União Europeia ter implicado a extinção de todos os BIT internos com base no Artigo 13.º(3) do BIT em causa, celebrado entre os Países Baixos e a República Checa, celebrado a 29 de abril de 1991²²⁸. O mencionado Artigo 13.º(3) dispunha da seguinte redação: “*In respect of investments made before the date of the termination of the present Agreement the foregoing Articles thereof shall continue to be effective for a further period of fifteen years from that date.*”

Os BIT podem incluir preventivamente uma *disconnection clause*, que exclua a aplicabilidade das normas que sejam incompatíveis com a ordem jurídica europeia garantindo assim o princípio do primado no que toca às relações entre os Estados-Membros.

²²⁸ Caso *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 de março de 2007, parágrafos 174-175.

Autores como Ulrich Wölker defendem que a incompatibilidade deve ser resolvida através de uma interpretação harmoniosa, evitando assim um conflito²²⁹. No entanto, que soluções devem ser adotadas quando se verificar que efetivamente existe um conflito?

6.1. Solução dada pelo Direito da União Europeia

A regra geral na ordem jurídica europeia é a de que estando em causa a conformidade do DUE com tratados celebrados entre Estados-Membros antes da adesão, deve prevalecer o Direito da União Europeia, nomeadamente tendo em conta a jurisprudência do TJUE, expressado desde logo no Caso Comissão da Comunidade Económica Europeia contra Itália²³⁰: “*In fact, in matters governed by the EEC treaty, that treaty takes precedence over agreements concluded between member states before its entry into force, including agreements made within the framework of GATT.*” A regra da *pacta sunt servanta* do Artigo 351.º do TFUE, parágrafo 1, em princípio não é assim aplicável a acordos celebrados entre Estados-Membros, de acordo com a jurisprudência do TJUE.

Segundo o TJUE, o atual Artigo 351.º do TFUE pode apenas salvaguardar a posição de Estados terceiros²³¹, dado que o novo Estado-Membro tomou a decisão de aderir à União Europeia, comprometendo-se assim a respeitar a ordem jurídica europeia. Como salienta Thomas Eilmansberger, esta lógica é mais adequada quando é o Estado que adere à União Europeia, e não quando é o Estado do investidor que o faz (dado que o investidor nada tem a ver com a decisão de aderir à UE)²³². No entanto, a lógica tem sido aplicada pelo TJUE em ambos os casos²³³.

Por outro lado, o TFUE pelo Artigo 351.º, parágrafo 2, apenas prescreve a obrigação dos Estados de suprirem as incompatibilidades, e não a invalidade de tratados celebrados

²²⁹ Neste sentido, ver Ulrich Wölker, *The EU as a Player in the BIT Arena: Current and Future Legal Challenges*, in *ICSID Review*, Volume 24(2), 2009.

²³⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 27 de fevereiro de 1962, *Comissão da Comunidade Económica Europeia contra República Italiana*, Processo C- 10/61, ECLI:EU:C:1962:2.

²³¹ Neste sentido também a seguinte jurisprudência: Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 14 de Outubro de 1980, *Attorney General contra Juan C. Burgoa*, Processo C-812/79, ECLI:EU:C:1980:231, parágrafo 8; Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 11 de março de 1986, *Conegate Limited contra HM Customs & Excise*, Processo C-121/85, ECLI:EU:C:1986:114, parágrafo 25.

²³² Thomas Eilmansberger, Capítulo V: *Investment Arbitration – Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in Zeiler, Gerold, Welsch, Irene, *Austrian Arbitration Yearbook on International Arbitration*, Volume 2009, 2009, página 531.

²³³ Neste sentido ver o Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 10 de julho de 1991, *British Broadcasting Corporation e BBC Enterprises Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo T-70/89, ECLI:EU:T:1991:40, parágrafo 77.

anteriormente, sendo que, o parágrafo 1 estipula que os Tratados não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de acordos celebrados antes da Adesão à EU dos Estados-Membros. As consequências não operam assim ao nível da invalidade, mas da responsabilidade dos Estados por incumprimento dos Tratados.

Estando resolvida a questão da prevalência do Direito da União Europeia cabe agora responder ao problema de quais devem ser as consequências desta prevalência. Thomas Eilmansberger²³⁴ propõe duas alternativas: a da inaplicabilidade das medidas previstas no BIT na medida em que sejam incompatíveis com as normas europeias; o acordo de investimento é plenamente aplicável em princípio, mas este não pode ser invocado contra a aplicação do DUE pelas autoridades dos Estados-Membros, ficando o tribunal arbitral impedido de adotar na prática medidas que possam afetar a aplicação de uma norma europeia. Nesta segunda opção, o BIT mantém a sua validade e aplicabilidade, devendo os Estados-Membros responder pela violação do BIT, desde que a indemnização não colida com a ordem jurídica europeia. Para Thomas Eilmansberger, este caminho é preferível por ser mais compatível com o princípio da *pacta sunt servanda*, e por ir ao encontro da lógica do primado e da resolução de conflitos entre o Direito da União Europeia e a ordem jurídica interna do Estado (não gera a invalidade, mas a mera inaplicabilidade)²³⁵.

No Caso *Eureko*²³⁶, o tribunal arbitral pronunciou-se sobre os efeitos que o Tratado de Lisboa tem sobre os BIT internos. No entendimento do tribunal, dado que o processo de arbitragem foi iniciado antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, este não se aplica à arbitragem em causa. Por outro lado, o tribunal entendeu que o Tratado de Lisboa não teve intenção de extinguir o BIT, mantendo-se este, e que por outro lado, a ordem jurídica europeia não veda o acesso à arbitragem de investimento, discordando que se verifique uma incompatibilidade com o Artigo 18.º TFUE (não discriminação) ou com o Artigo 334.º TFUE, sobre a competência exclusiva do TJUE²³⁷.

²³⁴ Thomas Eilmansberger, Capítulo V: Investment Arbitration – Bilateral Investment Treaties and EU Law, in Zeiler, Gerold, Welser, Irene, Austrian Arbitration Yearbook on International Arbitration, Volume 2009, 2009, páginas 531-532.

²³⁵ Thomas Eilmansberger, Capítulo V: Investment Arbitration – Bilateral Investment Treaties and EU Law, in Zeiler, Gerold, Welser, Irene, Austrian Arbitration Yearbook on International Arbitration, Volume 2009, 2009, página 532.

²³⁶ Caso *Eureko B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de outubro de 2010.

²³⁷ Caso *Eureko B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de outubro de 2010, parágrafos 218, 244, 266 e 273.

A posição da ordem jurídica europeia é assim a deque, em caso de incompatibilidade, pelo princípio do primado, o Direito da União Europeia prevalece sempre sobre as disposições de acordos de investimento celebrados entre Estados-Membros. Como vimos, quanto aos acordos celebrados com terceiros, segundo o disposto no regulamento nº1219/2012, os acordos de investimento celebrados pelos Estados Membros antes de 1 de dezembro de 2009 vigoram até à conclusão de um novo acordo entre a União Europeia e o Estado terceiro (artigos 2º e 3º), desde que a Comissão Europeia seja notificada. Os acordos assinados entre 1 de dezembro de 2009 e 9 de janeiro de 2013 são mantidos em vigor ao abrigo do procedimento do artigo 12º. Pelo Artigo 351º, parágrafo 2, do TFUE, os Estados estão, no entanto, obrigados a suprirem as incompatibilidades verificadas.

6.2. Solução dada pelo Direito Internacional Público

Podemos discutir que apesar do carácter exótico da União Europeia²³⁸, os tratados europeus não deixam de ser instrumentos de Direito Internacional e que por isso o conflito entre estes e os BIT deve ser resolvido ao abrigo das normas internacionais de conflitos entre acordos internacionais, em vez de ser resolvido pela ordem jurídica europeia (perspetiva esta que tem vindo a ser adotada em várias decisões²³⁹).

Podemos ver o problema de várias perspetivas e analisar as soluções dadas por vários artigos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (de em diante CVDT): o Artigo 27.º, o Artigo 30.º, o Artigo 31.º e o Artigo 59.º.

Da ordem jurídica de Direito Internacional não se retira qualquer princípio de primado de certos tratados sobre outros, cabendo ao Artigo 30.º da CVDT, n.º 3²⁴⁰, regular os

²³⁸ Caso *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, *Partial Award*, 27 de março de 2007, parágrafo 156: O tribunal arbitral referiu-se à União Europeia como “a regional multilateral treaty”.

²³⁹ Caso *ADC Affiliate Limited e ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, *Award of the Tribunal*, 2 de outubro de 2006, parágrafo 272; Caso *Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, *Award*, 13 de setembro de 2006, parágrafo 50; Caso *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, *Partial Award*, 27 de março de 2007, parágrafo 156.

²⁴⁰ Artigo 30 - *Aplicação de Tratados Sucessivos sobre o Mesmo Assunto*:

1. Sem prejuízo das disposições do artigo 103 da Carta das Nações Unidas, os direitos e obrigações dos Estados partes em tratados sucessivos sobre o mesmo assunto serão determinados de conformidade com os parágrafos seguintes.
2. Quando um tratado estipular que está subordinado a um tratado anterior ou posterior ou que não deve ser considerado incompatível com esse outro tratado, as disposições deste último prevalecerão.

conflitos entre acordos internacionais que prescrevam obrigações incompatíveis. No entanto, para Thomas Eilmansberger, esta norma não é aplicável aos conflitos entre a ordem jurídica europeia e os ditos BIT internos, dado que não tratam da mesma matéria no sentido do significado do artigo em causa²⁴¹. Para o autor, na falta de uma hierarquia, devemos olhar para a vontade das partes, que foi expressa pela celebração de um acordo posterior (acordo de adesão) que inclui uma norma que resolve a incompatibilidade (o Artigo 351.º TFUE) e que dá prevalência à ordem jurídica europeia com base na jurisprudência do TJUE. Com a adesão à UE, os Estados-Membros aceitam assim o primado do Direito da União Europeia. Prescrevendo o Direito Internacional a mesma prevalência que a ordem jurídica europeia, valem as mesmas considerações referentes a quais devem ser as consequências dessa prevalência e como deve operar o primado.

A segunda hipótese é a aplicação do Artigo 30.º da CVDT. O Artigo 30.º está dependente de uma série de requisitos, entre os quais o da matéria, o das partes e o requisito cronológico. A regra é a de que quando duas partes celebram dois acordos sobre a mesma matéria, prevalece o acordo posterior (regra da *lex posterior*). Face aos acordos de investimento, a discussão não se coloca quanto às partes ou quanto à data da celebração, mas quanto à matéria.

No Caso *Eureko*²⁴², debateu-se assim se este requisito se encontrava reunido, ou seja, se o BIT em causa partilhava a matéria com a ordem jurídica europeia. Apesar de a CVDT não poder ser aplicada de forma retroativa, o tribunal reconheceu o seu carácter de costume internacional²⁴³. Foi invocado pela Eslováquia que, tal como o BIT, o TFUE e a

3. Quando todas as partes no tratado anterior são igualmente partes no tratado posterior, sem que o tratado anterior tenha cessado de vigorar ou sem que a sua aplicação tenha sido suspensa nos termos do artigo 59, o tratado anterior só se aplica na medida em que as suas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior.

4. Quando as partes no tratado posterior não incluem todas as partes no tratado anterior:

a) nas relações entre os Estados partes nos dois tratados, aplica-se o disposto no parágrafo 3;

b) nas relações entre um Estado parte nos dois tratados e um Estado parte apenas em um desses tratados, o tratado em que os dois Estados são partes rege os seus direitos e obrigações recíprocos.

5. O parágrafo 4 aplica-se sem prejuízo do artigo 41, ou de qualquer questão relativa à extinção ou suspensão da execução de um tratado nos termos do artigo 60 ou de qualquer questão de responsabilidade que possa surgir para um Estado da conclusão ou da aplicação de um tratado cujas disposições sejam incompatíveis com suas obrigações em relação a outro Estado nos termos de outro tratado.

²⁴¹ Thomas Eilmansberger, Capítulo V: Investment Arbitration – Bilateral Investment Treaties and EU Law, in Zeiler, Gerold, Welser, Irene, Austrian Arbitration Yearbook on International Arbitration, Volume 2009, 2009, página 534.

²⁴² Caso *Eureko B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de outubro de 2010.

²⁴³ Caso *Eureko B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de outubro de 2010, parágrafo 237.

Carta Europeia de Direitos Humanos contém normas relativas aos investidores e aos investimentos, à proteção dos mesmos e aos *remedies*²⁴⁴, invocando a jurisprudência do TJUE relativa a BIT internos²⁴⁵ (sendo os internos e os externos similares, a jurisprudência seria aplicável e comprovaria a igualdade de matéria²⁴⁶). Em resposta, a *Eureko* invocou que o TFUE não continha quaisquer normas sobre a resolução de litígios por via da arbitragem ou sobre conceitos como “*fair and equitable treatment*” e de “*full security and protection*”²⁴⁷.

O tribunal identificou a matéria não com a temática (como por exemplo a promoção do investimento ou a do meio ambiente), mas com os tipos de direitos e obrigações ao qual as partes se obrigam²⁴⁸. O tribunal teve de lidar com uma série de questões: o Artigo 59.º CVDT opera automaticamente ou as partes têm de demonstrar a intenção de o terminar? A Adesão à UE é indicador suficiente da vontade de terminar o BIT ao abrigo do Artigo 59.º CVDT? Qual o efeito do segundo acordo no primeiro se contém as mesmas regras, ou por outro lado, regras incompatíveis? O tribunal contrapôs os Artigos 30.º e 59.º da CVDT, reconhecendo que o primeiro se aplica a obrigações compatíveis previstas nos dois tratados, tendo como efeitos a prioridade dada às cláusulas, enquanto o Artigo 59.º da CVDT se refere às obrigações incompatíveis e diz respeito à extinção total do acordo internacional anterior²⁴⁹.

O tribunal realçou que o Artigo 59.º CVDT tem duas partes. A primeira parte exige apenas que as partes tenham intenção que o segundo acordo passe a reger a relação jurídica (podendo as cláusulas ser compatíveis e até idênticas), enquanto a segunda parte exige que as cláusulas sejam de tal forma incompatíveis que não possam ser aplicáveis em

²⁴⁴ Caso *Eureko B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de outubro de 2010, parágrafos 65-71.

²⁴⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 3 de março de 2009, Comissão das Comunidades Europeias contra República da Áustria, Processo C-205/206, ECLI:EU:C:2009:118; Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 3 de março de 2009, Comissão das Comunidades Europeias contra Reino da Suécia, Processo C-249/06, ECLI:EU:C:2009:119; Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 19 de novembro de 2009, Comissão das Comunidades Europeias contra República da Finlândia, Processo C-118/07, ECLI:EU:C:2009:119.

²⁴⁶ Caso *Eureko B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de outubro de 2010, parágrafos 69 e 74.

²⁴⁷ Caso *Eureko B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de outubro de 2010, parágrafo 78.

²⁴⁸ Caso *Eureko B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de outubro de 2010, parágrafos 245, 249, 258-259.

²⁴⁹ Caso *Eureko B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de outubro de 2010, parágrafos 178, 183-184, 187, 234-238, 243-244, 249, 266, 271-274.

simultâneo. Para o tribunal nenhuma destas partes era aplicável no caso concreto, ou seja, nem as partes tiveram intenção de extinguir o BIT, nem as cláusulas do BIT são incompatíveis com a ordem jurídica europeia, podendo ser aplicadas em simultâneo. A questão da extinção não era assim aplicável aos olhos do tribunal.

Quanto ao Artigo 30.º CVDT e ao facto de o BIT introduzir uma discriminação entre os investidores face ao acesso a uma arbitragem internacional especializada, o tribunal analisou a compatibilidade desta cláusula do Artigo 8.º do BIT com o atual Artigo 18º TFUE (na altura Artigo 12.º do TCE). Para o tribunal, não estava em causa um caso de discriminação por o recurso à arbitragem não ser proibido na ordem jurídica europeia, não se pronunciando sobre a exclusiva jurisdição do TJUE. O tribunal apoiou-se na regra da *lex prior* e da *lex specialis*, (sendo o BIT lei geral face às regras especiais europeias) ambas fora do enquadramento da CVDT, mas ambas as regras constituindo princípios gerais de Direito.

Segundo o entendimento do tribunal, a adesão à União Europeia não implica a extinção automática do BIT, tendo as partes de recorrer ao procedimento previsto no Artigo 65º da CVDT.

Em resumo, as conclusões do tribunal foram as seguintes: criando diferentes direitos os tratados europeus e o BIT não partilham a mesma matéria (não há uma coincidência entre os conceitos de não discriminação do TFUE e de “*fair and equitable treatment*” ao abrigo da arbitragem de investimento); as partes não visaram extinguir o BIT e por isso o Artigo 59.º CVDT não é aplicável; o Artigo 8.º do BIT e a atribuição de jurisdição ao tribunal arbitral é compatível com o TFUE para efeitos do Artigo 30.º CVDT; mesmo havendo uma incompatibilidade, a extinção do BIT não opera de forma automática, mas de acordo com o procedimento previsto no Artigo 65.º CVDT²⁵⁰.

A abordagem do tribunal no Caso *Eureko* é passível de crítica. Ahmad Ghouri defende que o TFUE e o BIT tratam da mesma matéria para efeitos da CVDT e, de que em abstrato existe de facto uma incompatibilidade entre o direito à não discriminação e a arbitragem de investimento, criticando o tribunal por ter recorrido a uma verdadeira ginástica legal para evitar a inviabilização do BIT em questão²⁵¹. Angelos Dimopoulos discorda também

²⁵⁰ Caso *Eureko B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de outubro de 2010, parágrafos 69 e 74.

²⁵¹ Ahmad Ghouri, Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, in International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, Volume 32, 2015, página 167.

do entendimento do tribunal, sendo que, na opinião do autor, as disposições normativas dos BIT referentes ao tratamento dado a investidores estrangeiros na fase pós-estabelecimento e referentes à livre transferência de bens, tratam da mesma matéria que as normas europeias referentes às quatro liberdades, dado que ainda que concedam aos investidores diferentes direitos (assinala a ausência de uma cláusula europeia equivalente ao “*fair and equitable treatment*” ou “*full protection and security*”) têm aplicação nas mesmas situações²⁵². O autor entende o mesmo quanto às regras referentes à expropriação e realça que no que toca às regras sobre a proteção da propriedade privada contra a expropriação, a única área coberta pelos BIT internos e não pela ordem jurídica europeia são os atos puramente nacionais, adotados apenas com base na ordem jurídica nacional. No entanto, até nesses casos a jurisprudência do TJUE vai no sentido de o regime jurídico dos Estados-Membros quanto à proteção da propriedade ter de ser compatível com os tratados e de ter de ser aplicado de forma não discriminatória.

No Caso *Oostergetel*²⁵³, o tribunal arbitral estabelecido ao abrigo da UNCITRAL e do BIT celebrado entre os Países-Baixos e a Eslováquia tratou das mesmas questões, embora adotando uma argumentação distinta. No entendimento do tribunal, o Artigo 59.º da CVDT não gerou a extinção do BIT, pelo simples facto de o TCE não ter efeito retroativo²⁵⁴. Tendo o litígio surgido antes da adesão à União Europeia, os direitos previstos no BIT ficaram salvaguardados ao abrigo do Artigo 70.º (1), alínea (b) da CVDT²⁵⁵.

O tribunal rejeitou ainda que o livre movimento de capitais e a proteção do investimento sejam incompatíveis com o princípio da não discriminação, com base na jurisprudência do Caso *Eastern Sugar*, para o qual estes direitos, “*come as unequal but this does not make them incompatible*”. Esta conclusão é similar à posição adotada pelo TJUE nos casos contra a Áustria, Suécia e Finlândia, apesar de nestes casos estarem em causa BIT com países terceiros e a incompatibilidade com salvaguarda da liberdade de movimento

²⁵² Angelos Dimopoulos, The validity and applicability of international investment agreements between EU member states under EU and international law, in *Common Market Law Review*, Kluwer Law International, volume 48, 2011, página 65.

²⁵³ Caso *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award, 23 de abril de 2012.

²⁵⁴ Caso *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award, 23 de abril de 2012, parágrafo 88.

²⁵⁵ Caso *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award, 23 de abril de 2012, parágrafos 79-85 e 90.

de capitais, e não BIT internos e princípios fundamentais da ordem jurídica europeia, como no Caso *Oostergetel*²⁵⁶.

Em ambos os casos, o tribunal decidiu no sentido da compatibilidade dos BIT com a ordem jurídica europeia, mas adotando uma perspectiva diferente, dado que no Caso *Eureko* entendeu-se que não está em causa a mesma matéria, e no Caso *Oostergetel* o tribunal não tomou partido nessa discussão.

No Caso *Eastern Sugar*²⁵⁷ (ao abrigo do BIT celebrado entre os Países Baixos e a República Checa), a República Checa invocou que ao abrigo do Artigo 59.º (1) CVDT, a partir da data da sua adesão à União Europeia (1 de maio de 2004), o BIT foi extinto e os investimentos realizados por investidores holandeses passaram a ser regidos pela ordem jurídica europeia, dado que de outra forma seriam postas em causa uma série de normas, nomeadamente o princípio da não-discriminação e o princípio da *mutual trust*, obrigando o último a que o litígio fosse decidido num tribunal checo e não num tribunal arbitral. O Estado Checo invocou assim que, em consequência da adesão, o tribunal arbitral tinha perdido a jurisdição. A Carta enviada pela Comissão em 2006 defendia também esta linha de argumentação (“*Only certain residual matters, such as diplomatic representation, expropriation and eventually investment promotion, would appear to remain in question. Therefore, where the EC Treaty or secondary legislation are in conflict with some of these BITs' provisions—or should the EU adopt such rules in the future—Community law will automatically prevail over the non-conforming BIT provisions. [...] intra-EU BITs should be terminated in so far as the matters fall under Community competence*”)²⁵⁸.

O primado do Direito da União Europeia não implica a extinção automática destes acordos internacionais, ou a sua inaplicabilidade, dado que para tal os Estados-Membros têm de recorrer ao procedimento previsto para esse efeito no BIT, não tendo em qualquer caso a extinção uma eficácia retroativa. A Carta da Comissão defende que à luz do atual Artigo 344.º TFUE (antigo 292.º TCE), o litígio é da competência do Direito da União Europeia e por isso não têm de ser seguidos esses mesmos procedimentos. A carta salvaguardou ainda os litígios relativos a factos ocorridos antes da adesão, defendendo

²⁵⁶ Caso *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award, 23 de abril de 2012, parágrafos 86-87.

²⁵⁷ Caso *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 de março de 2007.

²⁵⁸ Caso *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 de março de 2007, parágrafos 101–104, 106-108, 112, 119.

que quanto a estes o recurso à arbitragem é defensável enquanto o BIT não fosse formalmente extinto²⁵⁹.

O tribunal deu relevância ao facto de a Comissão não ter iniciado procedimentos contra a República Checa por violação dos tratados ao abrigo do Artigo 258.º TFUE (antigo Artigo 226.º TCE), direito que lhe assiste e que pode exercer de forma discricionária e que não está sujeito a revisão judicial. No entendimento do tribunal esta omissão inviabilizou os argumentos invocados pela Comissão. Foi no entanto enviada uma Nota mais tarde, recomendando a todos os Estados-Membros a extinção de todos os BIT internos²⁶⁰, um entendimento que foi confirmado pela decisão do TJUE no Caso *Achmea*.

O tribunal rejeitou assim que a adesão tenha tido como consequência a extinção automática dos BIT internos e que o tribunal arbitral não tinha jurisdição (na verdade, segundo a jurisprudência do TJUE, como vimos o tribunal arbitral não é normalmente um tribunal de um Estado-Membro para efeitos do Artigo 267.º TFUE (antigo Artigo 234.º TCE)²⁶¹. O tribunal concluiu que nem o Acordo pré-Adesão, nem o Tratado de Adesão trataram da validade dos BIT, logo seria aplicável o Artigo 59.º CVDT²⁶².

Ao abrigo do disposto no Artigo 59.º CVDT, na perspectiva do tribunal, nem o BIT partilha a matéria com a ordem jurídica europeia, nem a República Checa e os Países Baixos tiveram intenção de o extinguir, nem se verificava sequer uma incompatibilidade entre o BIT e o Tratado, rejeitando assim a argumentação do Estado checo relativo aos Artigos 30.º e 59.º da CVDT. O tribunal não procedeu a uma análise do Artigo 30.º CVDT²⁶³ nem se referiu ao Artigo 351.º TFUE (na altura Artigo 307.º TCE).

²⁵⁹ Caso *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, *Partial Award*, 27 de março de 2007, parágrafo 119.

²⁶⁰ Caso *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, *Partial Award*, 27 de março de 2007, parágrafos 120, 121, 123, 125 e 126.

²⁶¹ Neste sentido a seguinte jurisprudência: Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de março de 1982, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH contra Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG e Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG*, Processo C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107, parágrafos 10–12; Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de junho de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV*, Processo C-126/97 ECLI:EU:C:1999:269, parágrafo 34; Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Janeiro de 2005, *Guy Denuit e Betty Cordenier contra Transorient - Mosaique Voyages et Culture SA.*, Processo C-125/04, ECLI:EU:C:2005:69, parágrafo 13.

²⁶² Caso *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, *Partial Award*, 27 de março de 2007, parágrafos 128, 138, 144-158, 167-168.

²⁶³ Caso *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, *Partial Award*, 27 de março de 2007, parágrafos 174-175, 178.

A jurisprudência arbitral vai assim claramente no sentido da rejeição do afastamento dos BIT internos com base na adesão à União Europeia, mas salvaguardando que os mesmos devem ser interpretados à luz do contexto normativo em que se inserem, nomeadamente a ordem jurídica europeia. Na prática os investidores continuam a invocar em sede de arbitragem de investimento a violação dos BIT por Estados-membros da União Europeia, e a jurisprudência destes tribunais arbitrais contraria a posição das instituições europeias de que os BIT internos se tornaram ineficazes com a adesão à União Europeia, com base no argumento de que os acordos relativos ao investimento estrangeiro direto pertencem agora à competência exclusiva da União Europeia.

Muito relevante para efeitos do tema do presente relatório é o Caso *Micula*²⁶⁴, onde o litígio se centrou não na extinção do BIT (dado que ambas as partes concordaram que o BIT deveria ainda vigorar), mas no papel do Direito da União Europeia na interpretação do BIT e qual deveria prevalecer em caso de uma incompatibilidade. No caso, os acordos internacionais relevantes eram o Acordo celebrado entre a Roménia e a União Europeia (entrou em vigor a 01-02-1995), o BIT celebrado entre a Suécia e a Roménia (entrou em vigor a 01-04-2003) e o Tratado de Adesão da Roménia (assinado a 05-04-2005 e entrou em vigor a 01-01-2007, passando a vigorar na ordem jurídica romena o TCE).

O tribunal concluiu que tendo em conta que nem o BIT referia os outros acordos, nem eles referiam o BIT não podia concluir que, com a adesão a Roménia ou a Suécia tenham querido afastar o BIT. Aliás, o tribunal considerou que o BIT integrava a estratégia da Roménia para aderir à União Europeia. No entanto, entendeu que a Roménia tinha incumprido com as suas obrigações perante o BIT por não ter assegurado um “*equitable treatment*” do investimento, interpretando o BIT em consideração com a ordem jurídica europeia²⁶⁵.

²⁶⁴ Caso *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20.

²⁶⁵ Caso *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, *Final Award*, 11 de dezembro de 2013, parágrafos 288-289, 316, 317, 319, 321-326, 328.

No Caso *AES Summit Generation Limited AES-Tisza Erőmű KFT v. The Republic of Hungary*, o tribunal considerou que o Direito da União Europeia deveria ser considerado como facto relevante²⁶⁶.

Já no Caso *Electrabel*, também julgado ao abrigo da Convenção CIRDI, o tribunal refere que não há uma obrigação jurídica de interpretar os dois tratados de forma harmoniosa, mas que tal parte da relação entre ambos, elevando o direito secundário da União Europeia ao mesmo estatuto dos tratados de Direito Internacional, por ser uma consequência necessária dos tratados²⁶⁷. Foi invocado pelas partes que, o atual Artigo 351.º TFUE (antigo Artigo 307.º TCE) seria inaplicável porque a Carta Europeia da Energia é necessariamente um tratado interno (as partes em disputa, a Bélgica e a Hungria são também Estados-Membros). No entanto, o tribunal entendeu aqui que quanto aos acordos celebrados entre Estados-Membros, a ordem jurídica europeia prevalece sempre que se verifique uma incompatibilidade com o disposto em tratados anteriores²⁶⁸. O tribunal clarificou também que sendo criado ao abrigo da Convenção CIRDI opera num quadro de Direito Internacional e no âmbito da ordem jurídica internacional, e que por isso não pode considerar os pedidos da Comissão relacionados com a hierarquia de normas dentro apenas da ordem jurídica europeia²⁶⁹.

Alguma Doutrina sugere a ainda aplicação do Artigo 27.º CVDT, em vez do Artigo 30.º, ou do 59.º CVDT, tendo em conta o nível de integração europeia²⁷⁰, considerando o mesmo como Direito estadual²⁷¹. Nesse caso prevalecerá o acordo de investimento, apesar da sua incompatibilidade com a ordem jurídica europeia.

²⁶⁶ Caso *AES Summit Generation Limited e AES-Tisza Erőmű Kft v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 de setembro de 2010, parágrafo 7.6.6.

²⁶⁷ Caso *Electrabel S.A. contra República da Hungria*, Caso ICSID No. ARB/07/19, Award, 25 de novembro de 2015, parágrafo 4.122.

²⁶⁸ Caso *Electrabel S.A. contra República da Hungria*, Caso ICSID No. ARB/07/19, Award, 25 de novembro de 2015, parágrafos 4.178–4.180, 4.183.

²⁶⁹ Caso *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award, 25 de novembro de 2015, parágrafo 4.112.

²⁷⁰ Neste sentido ver Magdalena Licková, *European Exceptionalism in International Law*, in *European Journal of International Law*, Volume 19, nº3, 2008, página 470.

²⁷¹ **Artigo 27 - Direito Interno e Observância de Tratados:**

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Artigo 46 - Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados:

1. Um Estado não pode invocar o facto de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.

Por outro lado, Wölker²⁷² defende que o Direito da União Europeia prevalece com base no Artigo 31.º (3), alínea (c) da CVDT²⁷³, por constituir a lei escolhida pelas partes. No Caso *Electrabel*, o tribunal referiu também o Artigo 31.º (3), alínea (c) CVDT como norma interpretativa, tendo sido um passo importante, dado que não é comumente citado em sede da arbitragem de investimento²⁷⁴.

Autores como Tietje e Wackernagel²⁷⁵, defendem por outro lado, uma solução diferente. Para os autores, tendo o Direito da União Europeia uma natureza internacional são aplicáveis os Artigos 30.º (2) e (4) da CVDT, que prescrevem que as obrigações previstas em tratado anterior só valem se forem compatíveis com o disposto num tratado posterior. Em consequência, serão inaplicáveis as disposições do BIT contrárias à ordem jurídica europeia (esta posição é no entanto criticada por Marcus Burgstaller²⁷⁶ por conduzir a levar a uma aplicação fragmentada dos instrumentos legais).

Se por outro lado, a União Europeia é vista como uma ordem jurídica *sui generis*, então certos autores defendem que os Artigos 27.º e 30.º da CVDT não se aplicam, dado que nem está em causa Direito Internacional, nem Direito Interno. Em consequência não existem normas que possam resolver o conflito.

Por outro lado, alguns Estados-membros invocaram que os requisitos do Artigo 59.º da CVDT se encontravam reunidos com a adesão à União Europeia, levando à extinção do BIT celebrado previamente, nomeadamente por as partes e o assunto serem os mesmos e o conteúdo ser de tal forma incompatível que não possam ser aplicados ao mesmo tempo.

2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé.

²⁷² Ulrich Wölker, The EU as a Player in the BIT Arena: Current and Future Legal Challenges, in ICSID Review, Volume 24(2), 2009, página 440.

²⁷³ **Artigo 31 - Regra Geral de Interpretação:**

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;

b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;

c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

²⁷⁴ Caso *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award, 25 de novembro de 2015, parágrafo 3.42.

²⁷⁵ Christian Tietje, Clemens Wackernagel, Enforcement of Intra-EU Awards: Multilevel Governance, Investment Tribunals and the Lost Opportunity of the Micula Arbitration, in Journal of World Investment and Trade, Volume 2, 2015, páginas 225–228, 236 e 247.

²⁷⁶ Markus Burgstaller, Capítulo 15: Recognition and Enforcement of ICSID Awards: The ICSID Convention and the European Union', in Baltag, Crina, ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues, Kluwer Law International, 2016, nota de rodapé nº 52.

Tal verificou-se no Caso *Eastern Sugar*, iniciado por um investidor holandês ao abrigo do BIT Países Baixos-Cecoslováquia (no qual a República Checa sucedeu a 1 de janeiro de 1993), invocando a República Checa esta argumentação, no sentido da extinção implícita de todos os BIT por efeito da adesão à EU (com base nos princípios da “*mutual trust*” e da “*equality of treatment*” entre os Estados-membros)²⁷⁷. A mesma argumentação foi utilizada pela Eslováquia no Caso *Eureko*²⁷⁸. O tribunal decidiu a favor do investidor, com base no argumento de que a Comissão não tinha iniciado qualquer procedimento contra a República Checa por violação dos tratados, como fez com os BIT’s celebrados pela Áustria, Suécia e Finlândia com países terceiros, parecendo defender que a celebração de um acordo subsequente sobre a mesma matéria, não implica a extinção automática do acordo anterior.

6.3. Tomada de posição

Tomando posição, ao nível do Direito Internacional podemos discutir a aplicação dos Artigos 27.º, 30.º, 31.º e 59.º da CVDT. As consequências são muito diferentes conforme a posição adotada: aplicando o Artigo 27.º da CVDT, a ordem jurídica europeia não prevalece; já aplicando o artigo 30.º da CVDT, o Direito da União Europeia prevalecerá sobre o acordo de investimento; aplicando o artigo 31.º da CVDT tal resulta na ordem jurídica europeia ser tida em conta; por fim, pela aplicação do artigo 59.º da CVDT o acordo de investimento é extinto quando anterior à adesão à União Europeia.

Começando pela aplicação do Artigo 27.º CVDT, não sigo os autores que adotam esta perspetiva pelo simples facto de que o que está em causa é a resolução de uma incompatibilidade entre dois tratados, dois instrumentos de Direito Internacional e não de Direito estadual. A configuração *sui generis* da União Europeia²⁷⁹ não altera o facto de a adesão ser feita através de tratados e de o processo de revisão dos tratados europeus exigir a ratificação ou pelo menos a aprovação de todos os Estados-membros, conforme esteja

²⁷⁷ Caso *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. Slovak Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 de março de 2007, parágrafos 97, 100-104, 105-106, 121-122.

²⁷⁸ Caso *Eureko B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 de outubro de 2010, parágrafos 19, 58 e 59.

²⁷⁹ Discute-se se a mesma se configura como um Estado Federal, uma Organização Internacional Supranacional ou um Organismo *sui generis*. A natureza jurídica da União Europeia é um tema relevante, cuja complexidade não nos permite abordar na presente dissertação.

em causa o processo de revisão ordinário ou simplificado (Artigo 48.º, n.º4 TUE e n.º6 TUE).

Quanto ao Artigo 30.º da CVDT, entendo que em abstrato os acordos de investimento não partilham efetivamente a mesma matéria com os tratados europeus e, por isso este artigo não se aplique. Apesar de ambos procurarem a promoção do investimento além-fronteiras, os fins dos acordos internacionais em causa são de facto muito diferentes, dado que na ordem jurídica europeia está fundamentalmente em causa a construção do Mercado Único. Já os acordos de investimento, procuram a criação de garantias de proteção aos investidores. Estes acordos centram a sua preocupação com a fase pós-estabelecimento do investimento, enquanto que o Direito da União Europeia procura regular principalmente a fase do estabelecimento do investidor. Tal verifica-se quanto ao regime jurídico da expropriação, tema muito importante em sede dos acordos de investimento e no qual a ordem jurídica europeia se abstém de regular, cabendo aos Estados-Membros ao abrigo do Artigo 345.º TFUE. Neste sentido, Thomas Eilmansberger²⁸⁰, refere que os acordos de investimento fornecem um mecanismo de resolução de conflitos arbitral, traço que para o autor é o dos mais significativos na celebração destes acordos, e que não tem paralelo na ordem jurídica europeia.

Quanto ao Artigo 59.º da CVDT, dificilmente poderemos inferir que as partes tenham tido intenção de extinguir os acordos de investimento pela adesão à União Europeia. Por outro lado, não considero que as cláusulas dos acordos de investimento sejam de tal forma incompatíveis com a ordem jurídica europeia, que resultem na extinção necessária destes acordos.

A solução com a qual me aproximo é a da doutrina que aplica o Artigo 31.º(3), alínea (c) CVDT, permitindo que a ordem jurídica europeia releve para efeitos de interpretação, artigo que é mencionado no Caso *Electrabel*. Ao abrigo do Direito Internacional Público não existe uma norma que prescreva a obrigação do Estado dar prevalência à ordem jurídica europeia, em detrimento dos acordos de investimento. Por outro lado, na falta de uma norma de Direito Internacional que resolva a incompatibilidade, podemos também ter em conta a vontade das partes, que foi expressa pela celebração de um acordo posterior

²⁸⁰ Thomas Eilmansberger, Capítulo V: Investment Arbitration – Bilateral Investment Treaties and EU Law', in Zeiler, Gerold, Welser, Irene, Austrian Arbitration Yearbook on International Arbitration, Volume 2009, 2009, páginas 517-519.

(acordo de adesão) que inclui uma norma que resolve a incompatibilidade (o Artigo 351.º TFUE) e que dá prevalência à ordem jurídica europeia com base na jurisprudência do TJUE, como refere Thomas Eilmansberger. Com a adesão à UE, os Estado-Membros aceitam assim o primado do Direito da União Europeia.

Todas estas considerações dependem do acordo de investimento em concreto, sendo a tomada de posição meramente tendencial, dependendo das normas contidas em cada acordo internacional. Sendo a matéria igual aplicamos o Artigo 30.º CVDT e as cláusulas do acordo que forem incompatíveis serão inaplicáveis no caso concreto.

6.4. Consequências da violação do disposto nos Acordos de Investimento

Uma das principais matérias objeto de discussão no que toca à arbitragem de investimento é a questão de saber até que ponto uma sentença arbitral pode obrigar um Estado ao pagamento de uma compensação monetária, ou até mesmo à alteração da sua legislação. Ao abrigo das regras da arbitragem CIRDI as sentenças dos tribunais arbitrais não estão materialmente limitadas à compensação monetária, dado que tal como salientam August Reinisch e Lukas Stifter²⁸¹, nada na letra do Artigo 54.º (1) da Convenção CIRDI obsta a que a sentença origine outro tipo de obrigações, como a de restituição.

Relativamente às questões de processo não reguladas na Convenção, aplicam-se, nos termos do artigo 44.º: em primeira linha, as regras escolhidas pelas partes; subsidiariamente, o Regulamento de Arbitragem do ICSID; e naquilo que o Regulamento não preveja, o que for decidido pelo próprio tribunal arbitral.

Pelo Artigo 52.º da Convenção CIRDI, é possível a anulação da sentença arbitral com base em requisitos relacionados com vícios formais: vício na constituição do tribunal; manifesto excesso de poder do tribunal²⁸²; corrupção de um membro do tribunal; inobservância grave de uma regra de processo fundamental; ou vício de fundamentação. A anulação é pedida por escrito ao secretário-geral, num prazo de 120 dias após a data do proferimento da sentença, sendo nomeado um comité *ad hoc* responsável por anular

²⁸¹ August Reinisch, Lukas Stifter, What about ISDS in EU Investment Agreements?, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Associação Portuguesa de Arbitragem, Volume 8, 2015, página 28.

²⁸² Este requisito mostrou-se o mais problemático, incluindo os casos em que o tribunal decide sobre uma questão que não lhe foi submetida ou quando não aplicar as fontes de direito acordadas pelas partes.

totalmente, ou apenas parte, da sentença. Nos termos do n.º 6 do Artigo 52.º, sendo a sentença anulada, o diferendo deverá, a pedido de qualquer das partes, ser submetido a novo tribunal. Não se permite assim que a decisão arbitral seja inviabilizada com fundamento na violação da ordem pública.

Ao abrigo do Artigo 53.º (1) ICSID, a sentença arbitral é obrigatória para ambas as partes, e segundo o Artigo 54.º (1) da convenção, os Estados têm a obrigação de reconhecer a obrigatoriedade da sentença e assegurar a execução no seu território das obrigações pecuniárias impostas por essa sentença, como se fosse uma decisão final de um tribunal desse Estado (verifica-se assim o reconhecimento automático das decisões arbitrais proferidas ao abrigo da Convenção ICSID, sem processo prévio de revisão ou de confirmação). O ordenamento jurídico nacional apenas tem relevância na fase da execução da sentença, sendo entregue à autoridade do Estado uma cópia da sentença autenticada pelo Secretário-Geral do ICSID, ao abrigo do artigo 54.º, n.º 3 ICSID. Como realça Dário Moura Vicente²⁸³, *“esta característica das arbitragens ICSID reflete a circunstância de se tratar aqui de arbitragens entre Estados e nacionais de outros Estados e de, através da submissão a essas arbitragens, os Estados renunciarem à sua imunidade de jurisdição”*.

A convenção diverge assim num ponto importante da Convenção de Nova Iorque (aplicável em geral ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras que têm enquadramento fora da arbitragem CIRDÍ), dado que a Convenção de Nova Iorque prevê meios para questionar o reconhecimento e execução da sentença arbitral nos tribunais estaduais²⁸⁴, enquanto na arbitragem CIRDÍ não existe qualquer norma desse tipo.

Verifica-se na arbitragem CIRDÍ um sistema de revisão de sentenças arbitrais interno, na qual os tribunais nacionais não se pronunciam e sendo as causas de anulação vícios processuais ou relacionadas com a idoneidade do juiz. Na arbitragem de investimento não há assim um sistema de apelação, mas um sistema de revisão, mais restrito na arbitragem CIRDÍ.

²⁸³ Dário Moura Vicente, Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais, in: Revista da Ordem dos Advogados, A. 71, n.º 3 (Jul.-Set. 2011), página 457.

²⁸⁴ Artigo 34º da Lei Modelo da UNCITRAL e Artigo V da Convenção de Nova Iorque.

Em consequência, as autoridades de um Estado contratante estão obrigadas a rejeitar qualquer pedido de revisão da sentença arbitral proferida no âmbito da arbitragem CIRDI. Em princípio, apenas podem pronunciar-se sobre a autenticidade da sentença, não podendo pronunciar-se sobre o conteúdo, sobre a compatibilidade com o Direito da União Europeia, ou mesmo com a ordem pública internacional. Neste sentido, pronunciou-se o tribunal no Caso *Electrabel*²⁸⁵, declarando que as sentenças arbitrais CIRDI não são suscetíveis de controlo por parte das autoridades nacionais. A análise da compatibilidade com o Direito da União Europeia cabe ao tribunal arbitral nos termos do Artigo 42.º ICSID, e qualquer Estado que recuse a execução da sentença com base na violação da ordem jurídica europeia, incumpe uma obrigação prescrita pela convenção.

O Artigo 27.º (1) CIRDI prevê que o Estado contratante ao qual pertence o investidor possa conceder proteção diplomática e realize internacionalmente uma reclamação perante o Tribunal Internacional de Justiça quando a sentença arbitral não for acatada pelo outro Estado contratante, ao abrigo do Artigo 64.º CIRDI. O próprio centro pode ser notificado de que uma das partes se encontra em incumprimento e por pedido, receber ambas as partes para discussão do problema, tal como já se verificou no passado.

Por outro lado, o CIRDI integra o Banco Mundial e tem desempenhado um papel no que toca ao incentivo ao cumprimento das sentenças arbitrais. Em resposta o Estado-Membro incumpridor pode receber represálias por parte do Banco Mundial, nomeadamente no que toca à concessão de empréstimos. Mas, como salienta Marcus Burgstaller²⁸⁶, a maioria dos Estados-Membros da União Europeia não depende da concessão de crédito por parte do Banco Mundial. No entanto, esta não é uma garantia jurídica, mas uma mera forma de pressão política.

As consequências da violação do disposto numa sentença arbitral emitida ao abrigo de um acordo de investimento, colocam-se assim ao nível da responsabilidade internacional do Estado incumpridor e da pressão política por parte do Banco Mundial.

²⁸⁵ Caso *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, *Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability*, 30 de novembro de 2012, parágrafos 4.158–159.

²⁸⁶ Markus Burgstaller, Capítulo 15: Recognition and Enforcement of ICSID Awards: The ICSID Convention and the European Union', in Baltag, Crina, ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues, Kluwer Law International, 2016, página 417.

6.5. Consequências da violação do Direito da União Europeia

Segundo a jurisprudência do TJUE, a Comissão Europeia pode apenas iniciar procedimentos de incumprimento dos tratados por parte do Estado-Membro obrigado à sentença arbitral. O Artigo 4.º (3) do TUE prevê a obrigação geral que cai sobre os Estados-Membros de cumprirem os tratados e os restantes atos adotados pelas instituições europeias, nomeadamente de acordo com o princípio da efetividade do Direito da União Europeia.

Surge o problema referente aos meios do qual dispõe a ordem jurídica europeia, quando o tribunal arbitral ignore a aplicação do Direito da União Europeia.

Thomas Eilmansberger descreve uma série de possíveis caminhos²⁸⁷. O primeiro dos quais é dar o estatuto aos tribunais arbitrais de tribunais da União Europeia, para efeitos do Artigo 267.º TFUE. No entanto, tal choca com a posição que o TJUE tem adotado quanto à qualificação dos tribunais arbitrais como tal²⁸⁸, sugerindo *Markus Burgstaller* que tal implicaria uma mudança na jurisprudência do TJUE²⁸⁹. O segundo caminho é a possibilidade de a Comissão poder tomar medidas ao abrigo do Artigo 258.º TFUE, iniciando um procedimento por incumprimento dos tratados por parte do Estado-Membro que acatar a sentença arbitral contrária à ordem jurídica europeia.

O terceiro caminho sugerido pelo autor, é o da intervenção na fase da execução com base na doutrina *Eco-Swiss*²⁹⁰, aplicável às sentenças arbitrais proferidas ao abrigo de um BIT. No Caso *Eco Swiss*²⁹¹, a Benetton invocou como fundamento de anulação de uma sentença arbitral a violação da proibição de formação de cartéis e práticas concertadas do

²⁸⁷ Thomas Eilmansberger, Capítulo V: Investment Arbitration – Bilateral Investment Treaties and EU Law', in Zeiler, Gerold, Welser, Irene, Austrian Arbitration Yearbook on International Arbitration, Volume 2009, 2009, páginas 535-537.

²⁸⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 23 de março de 1982, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH contra Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG e Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG*, Processo C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107, parágrafo 10 e seguintes; Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 1 de junho de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV.*, Processo C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, parágrafo 34; Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de janeiro de 2005, *Guy Denuit e Betty Cordenier contra Transorient - Mosaïque Voyages et Culture SA.*, Processo C-125/04, ECLI:EU:C:2005:69, parágrafo 17.

²⁸⁹ Markus Burgstaller, Parte IV, Capítulo 19: European Law Challenges to Investment Arbitration, in Kaushal, Asha, Waibel, Michael, The Backlash against Investment Arbitration, Kluwer Law International, 2010, página 471.

²⁹⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 1 de junho de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV.*, Processo C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269.

²⁹¹ Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 1 de junho de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV.*, Processo C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, parágrafo. 26.

Artigo 101.º TFUE. A questão chegou ao Supremo Tribunal dos Países Baixos que remeteu a questão para o TJUE, questionando se uma violação do atual Artigo 101.º TFUE (antigo Artigo 85.º TCE) constituía uma violação da ordem pública, sendo esta um dos fundamentos para anulação de sentenças arbitrais²⁹². O tribunal entendeu que estava de facto em causa uma violação da ordem pública, e que por isso as regras holandesas sobre arbitragem ditavam que a sentença deveria ser anulada²⁹³.

Segundo esta doutrina, uma sentença que ponha em causa a ordem pública internacional não pode ser reconhecida ou executada, com base no Artigo 101.º TFUE.

A Convenção de Nova Iorque permite que possa ser invocada a exceção de ordem pública internacional. No entanto, tal é discutível quanto à arbitragem CIRDI. O Artigo 53.º(1) da Convenção CIRDI define que “*a sentença será obrigatória para as partes e não poderá ser objeto de apelação ou qualquer outro recurso, exceto os previstos na presente Convenção*”. Por outro lado, o Artigo 54.º, parágrafo 1, da Convenção veda aos tribunais a possibilidade de analisarem o conteúdo das sentenças.

A sentença é assim final em qualquer Estado contratante da Convenção CIRDI, não havendo margem para a recusa através da invocação da exceção de ordem pública internacional, levando a Doutrina a considerar que não há possibilidade afastar uma sentença arbitral com base na ordem pública internacional da ordem jurídica europeia²⁹⁴.

A única forma de assegurar que tal não se verifica, é a integração dos tribunais arbitrais na ordem jurisdicional europeia, permitindo assim o reenvio ao abrigo do Artigo 267.º TFUE. Desta forma, assegura-se que os princípios fundamentais da ordem jurídica europeia são respeitados em arbitragens que têm tanto potencial para chocar com o Direito da União Europeia, como é o caso da arbitragem de investimento.

²⁹² Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 1 de junho de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV.*, Processo C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, parágrafo 30.

²⁹³ Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 1 de junho de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV.*, Processo C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, parágrafos 36-37, 39, 41.

²⁹⁴ Christian Tietje, *The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States*, in *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftrecht*, 2008, página 17.

A Comissão pode sempre (estando em causa um direito, e não uma obrigação²⁹⁵) recorrer ao Artigo 258.º TFUE e iniciar procedimentos contra o Estado-membro por incumprimentos dos tratados.

²⁹⁵ Acórdão do Tribunal de 11 de Agosto de 1995, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Federal da Alemanha*, Processo C-431/92, ECLI:EU:C:1995:260, parágrafo 22; Acórdão do Tribunal da UE de 2 de Junho de 2005, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Helénica*, Processo C-394/02, ECLI:EU:C:2005:336, parágrafo 16; Acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 24 de março de 2009, *Danske Slagterier contra Bundesrepublik Deutschland*, Processo C-4445/06, ECLI:EU:C:2009:178, parágrafo 44.

7. O CASO MICULA V. ROMANIA EM ESPECIAL

O Caso *Micula v. Romania*²⁹⁶ não obteve ainda um desfecho final mas é já um caso importante na relação entre a Arbitragem de Investimento e o Direito da União Europeia. Em especial pelo facto de apesar de haver reduzida margem para combater a obrigatoriedade da sentença arbitral, esta recebeu oposição em todas as fases do procedimento. No Caso *Micula* está em causa um BIT celebrado entre a Suécia e a Roménia antes da adesão da Roménia à União Europeia, no qual a Roménia invocou que não podia cumprir certas disposições do acordo porque seriam consideradas como auxílios de estado aos investidores suecos, e eram por isso incompatíveis com as obrigações da Roménia perante a União Europeia. Em resposta, os investidores invocaram que, em consequência tinham obtido lucros inferiores e tinham por isso sofrido danos. A Comissão Europeia participou no procedimento arbitral como *amicus curiae*²⁹⁷.

O ponto central de discussão no processo foi o papel do Direito da União Europeia, dado que a Roménia invocou que, em função do princípio do primado da ordem jurídica europeia, havendo uma incompatibilidade entre esta e um BIT prevalecem sempre as normas europeias

7.1. Fase do procedimento arbitral

A Roménia invocou que certas disposições europeias eram incompatíveis com o conteúdo do BIT, nomeadamente que a isenção de pagamento de taxas alfandegárias e outras isenções fiscais seriam auxílios de Estado e por isso contrárias ao Direito da Concorrência

²⁹⁶ Caso *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20.

²⁹⁷ “Third parties, or non-disputing parties, often participate in dispute resolution mechanisms as *amicus curiae*. (...) *Amicus participation* is ordinarily justified on the basis that this friend of the court is in a position to provide the court or tribunal its special perspective or expertise in relation to the dispute. (...) *Amicus participation* in dispute resolution proceedings ordinarily takes the form of written submissions addressed to the decision-maker; however, third-party involvement is not by definition limited to written submissions. (...) In recent years, there has been an undeniable shift in investor-State arbitration toward greater tolerance of limited third-party participation, perhaps in response to continuing public pressure and criticism.” – Eugenia Levine, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, in *Berkeley Journal of International Law*, Volume 29, Issue 1, 2011, páginas 206-208.

e incompatíveis com as obrigações da Roménia perante a União Europeia²⁹⁸. Na decisão sobre jurisdição e admissibilidade o tribunal arbitral não se pronunciou sobre esta pretensão da Roménia, e na sentença declarou que a mesma deveria ser executada à luz da Convenção CIRDI independentemente da invocação destes argumentos²⁹⁹.

7.2. Fase da anulação

Na fase de anulação a Comissão Europeia assumiu a posição de *amicus curiae* no pedido de anulação da sentença submetido pela Roménia, no qual a Roménia invocou que o tribunal não se pronunciou sobre o facto de esta se encontrar obrigada a pagar uma compensação por ter recusado realizar um comportamento que seria um auxílio de Estado proibido pelos tratados³⁰⁰. Tendo o tribunal recusado pronunciar-se sobre esta matéria e tendo declarado que a Roménia deveria pagar uma compensação à outra parte, colocou o Estado romeno na difícil posição de ter obrigações incompatíveis perante o TFUE e a Convenção CIRDI.

Os fundamentos invocados pelo Estado romeno para a anulação, foram o manifesto excesso do uso de poderes e a falta de argumentos, fundamentos que não foram considerados procedentes para o Comité de Anulação CIRDI. O Comité considerou que a questão não era crucial ou decisiva ao ponto de relevar para a alteração do resultado da decisão, e que por outro lado: “*The Tribunal gave reasons for its conclusion that it was not useful to determine whether the Award would be unenforceable: it considered that this was not an issue before the Tribunal because it was not its duty to address the potential non-enforceability of the Award after it had been rendered*”³⁰¹.

Assim, na opinião do Comité, o tribunal arbitral ao decidir sobre o mérito da causa não tem de considerar argumentos relativos à futura execução da sentença. Ou seja, para o

²⁹⁸ Caso *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 de setembro de 2008, parágrafo 4 e parágrafo 160.

²⁹⁹ Caso *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 11 de dezembro de 2013, parágrafos 340–341.

³⁰⁰ Caso *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Annulment, 26 de fevereiro de 2016, parágrafo 140 e parágrafo 308.

³⁰¹ Caso *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Annulment, 26 de fevereiro de 2016, parágrafo 140 e parágrafos 230-231.

tribunal arbitral no Caso *Micula*, e para o Comité, problemas de execução da sentença em consequência da incompatibilidade com a ordem jurídica europeia não devem relevar para a decisão sobre os méritos da causa.

7.3. Fase da execução

A Roménia fez um requerimento ao Comité de Anulação pedindo um prazo para que a sentença não fosse logo executada, pedido que foi diferido pelo Comité de Anulação sob condição de a Roménia notificar o Comité em 30 dias em como se comprometia a cumprir a obrigação pecuniária prescrita na sentença³⁰². A Comissão Europeia notificou a Roménia que o Estado romeno não podia assegurar práticas de atos contrários à ordem jurídica europeia, e em consequência a Roménia não notificou o Comité de Anulação e a execução prosseguiu³⁰³.

No início de 2014 a Roménia cumpriu parcialmente a sentença de forma voluntária³⁰⁴, mas a Roménia e a Comissão Europeia assumiram esforços para tentar bloquear a execução da sentença, tendo o Tribunal de Bucareste³⁰⁵ considerado que a sentença é obrigatória com base no Artigo 54.º da Convenção CIRDI. No entendimento do tribunal, tendo a Roménia ratificado a Convenção CIRDI a mesma integra a ordem jurídica estadual, rejeitando o pedido de reenvio prejudicial ao abrigo do Artigo 267.º TFUE. Em consequência, o Ministério das Finanças transferiu a quantia referente à compensação para uma conta bancária em nome dos investidores, que apenas podiam levantar a quantia

³⁰² Caso Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Annulment, 26 de fevereiro de 2016, parágrafos 7–9 e parágrafo 36.

³⁰³ Caso Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Annulment, 26 de fevereiro de 2016, parágrafos 50-52.

³⁰⁴ Decisão da Comissão Europeia de 30 de março de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) aplicado pela Roménia — Sentença arbitral *Micula contra Roménia*, de 11 de dezembro de 2013, referência C(2014) 8218 final, JO L 232 de 04.09.2015, parágrafo 3.

³⁰⁵ Acórdão do Tribunal de Bucareste citado na Decisão da Comissão Europeia de 30 de março de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) aplicado pela Roménia — Sentença arbitral *Micula contra Roménia*, de 11 de dezembro de 2013, referência C(2014) 8218 final, JO L 232 de 04.09.2015, parágrafos 32-34.

caso a Comissão declarasse que estava em causa um auxílio de estado compatível com a ordem jurídica europeia³⁰⁶.

Ao contrário do que se verificou na Roménia, os tribunais belgas consideraram que a sentença não poderia ser executada na Bélgica, porque apesar de a Convenção CIRDI obrigar o Estado belga, a decisão da Comissão sobre o Auxílio de Estado de 30 de março de 2015 deveria prevalecer³⁰⁷.

Por outro lado, a Comissão notificou a Roménia a 1 de outubro de 2014 de que tinham sido iniciados os procedimentos ao abrigo do Artigo 108.º (2) TFUE, tendo em conta que em 2014 o Estado romeno cumpriu parcialmente a sentença apesar dos avisos da Comissão. A decisão final da Comissão sobre a matéria data de 30 de março de 2015³⁰⁸. A Roménia pronunciou-se sobre a não aplicação dos princípios do caso *Lucchini*, dado que estes não são aplicáveis à execução de uma sentença arbitral que decide pela compensação de danos causados pela violação de uma norma de um BIT. O Estado romeno invocou ainda que a compensação não deveria ser qualificada como um novo auxílio de Estado, mas como uma compensação de danos tal como entendida no caso *Asteris*³⁰⁹. A este argumento a Comissão respondeu que a jurisprudência *Asteris* não se aplicava ao Caso *Micula*, dado que no primeiro a indemnização não visava compensar por um auxílio de Estado ilegal, e que por outro lado, a compensação no caso *Asteris* foi concedida com base numa norma válida. Para a Comissão Europeia tal não se verificou no caso *Micula*, dado que a base legal da decisão de compensação de danos foi uma norma inválida do BIT celebrado entre a Suécia e a Roménia, cuja invalidade partia da adesão

³⁰⁶ Decisão da Comissão Europeia de 30 de março de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) aplicado pela Roménia — Sentença arbitral *Micula contra Roménia*, de 11 de dezembro de 2013, referência C(2014) 8218 final, JO L 232 de 04.09.2015, parágrafos 35-37.

³⁰⁷ Neste sentido ver o Caso Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Brief for Amicus Curiae by the Commission of the European Union in Support of Defendant-Appellant before the US Court of Appeals, 4 de fevereiro de 2016, página 16.

³⁰⁸ Decisão da Comissão Europeia de 30 de março de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) aplicado pela Roménia — Sentença arbitral *Micula contra Roménia*, de 11 de dezembro de 2013, referência C(2014) 8218 final, JO L 232 de 04.09.2015.

³⁰⁹ Decisão da Comissão Europeia de 30 de março de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) aplicado pela Roménia — Sentença arbitral *Micula contra Roménia*, de 11 de dezembro de 2013, referência C(2014) 8218 final, JO L 232 de 04.09.2015, parágrafo 47 e parágrafo 67.

da Roménia à União Europeia³¹⁰. Em consequência, considerou a compensação também ela um auxílio de Estado ilegal para efeitos do Artigo 107.º (1) TFUE³¹¹.

A decisão final da Comissão Europeia, foi assim, no sentido de proibir o Estado romeno de pagar qualquer compensação e de obrigar à devolução das quantias já pagas³¹². Em consequência, os autores iniciaram procedimentos junto do TJUE tendo em vista a anulação desta decisão da instituição europeia, processos estes que se encontram ainda pendentes no tribunal³¹³. Como veremos, a decisão do TJUE no Caso Achmea ilustra bem qual a posição da União Europeia quanto aos acordos bilaterais de investimento internos, ou seja, celebrados entre Estados-Membros.

³¹⁰ Decisão da Comissão Europeia de 30 de março de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) aplicado pela Roménia — Sentença arbitral *Micula contra Roménia*, de 11 de dezembro de 2013, referência C(2014) 8218 final, JO L 232 de 04.09.2015, parágrafos 101-102.

³¹¹ Decisão da Comissão Europeia de 30 de março de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) aplicado pela Roménia — Sentença arbitral *Micula contra Roménia*, de 11 de dezembro de 2013, referência C(2014) 8218 final, JO L 232 de 04.09.2015, artigo 1º.

³¹² Decisão da Comissão Europeia de 30 de março de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) aplicado pela Roménia — Sentença arbitral *Micula contra Roménia*, de 11 de dezembro de 2013, referência C(2014) 8218 final, JO L 232 de 04.09.2015, artigo 2º.

³¹³ Caso *European Food and Others v. Commission*, Caso T-624/15, ação proposta a 6 de novembro de 2015; Caso *Ioan Micula v. Commission*, Caso T-694/15, ação proposta a 30 de novembro de 2015; Caso *Viorel Micula and Others v. Commission*, Caso T- 704/15, ação proposta a 23 de dezembro de 2015.

8. O NOVO SISTEMA EUROPEU DE TRIBUNAIS DE INVESTIMENTO

Como foi já referido, tradicionalmente o paradigma de mecanismos de resolução de litígios com investidores é a arbitragem de investimento. Este paradigma tem sido objeto de uma série de críticas por parte de alguns países latino-americanos que acabaram por renunciar à Convenção CIRDI, mas também por países como os Estados Unidos da América, a Alemanha e a França. Na sequência desta crise de legitimidade da arbitragem de investimento, em 2015 a União Europeia emitiu uma proposta de criação de um novo sistema³¹⁴, que foi já adotado no Acordo CETA³¹⁵, celebrado com o Canadá, e no projeto do Acordo TTIP, diferentemente do que se verificou aquando da celebração dos acordos de comércio livre (em inglês, *EU- Free Trade Agreement*, ou *FTA*) celebrados entre a União Europeia e o Vietname, Singapura e o Japão, que identificam o mecanismo de resolução de litígios previsto como arbitral, apesar de partilhar alguns dos mesmos traços dos outros dois acordos.

De notar que, como foi referido *supra*, no âmbito desta nova geração de acordos de comércio a Comissão Europeia solicitou ao Tribunal de Justiça da União Europeia que emitisse um parecer sobre a competência da União Europeia para assinar e concluir por si só o Acordo de Comércio Livre celebrado com Singapura, tendo o tribunal entendido que estando em causa a criação de um sistema de resolução de litígios de investimento é necessária a aprovação de todos os Estados-Membros para que o mesmo entre em vigor³¹⁶. Estes novos acordos de comércio não se encontram ainda em vigor, com exceção do FTA celebrado com o Japão.

8.1. O Impacto da Crise de Legitimidade da Arbitragem de Investimento

³¹⁴ Vide http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm

De notar que a proposta foi emitida no âmbito das negociações do acordo TTIP, negociações estas que ainda não foram concluídas.

³¹⁵ Para consultar o texto, os anexos e os instrumentos interpretativos do acordo CETA vide: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/10/28/eu-canada-trade-agreement/>

³¹⁶ Como foi já referido *supra*, o tribunal entendeu que a criação de um sistema de resolução de litígios resulta na perda de jurisdição dos tribunais estaduais, sendo por isso necessário o consentimento dos Estados-Membros para que entrem em vigor. Vide Parecer do Tribunal de Justiça, de 16 de maio de 2017, sobre se a União tem a competência necessária para assinar e celebrar por si só o acordo de comércio livre com Singapura, Parecer 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, parágrafos 285-304.

Na base da iniciativa da União Europeia de criação de um novo sistema de resolução de litígios, encontra-se a onda de críticas que a arbitragem de investimento tem sido objeto. A crise de legitimidade da arbitragem de investimento não é uma questão estritamente europeia, mas global. No seio das Nações Unidas, a UNCITRAL criou em 2017 um grupo de trabalho com um mandato para abordar uma possível reforma do sistema de resolução de litígios com investidores, denominado Grupo de Trabalho III da UNCITRAL³¹⁷. Em janeiro de 2019, a União Europeia submeteu dois relatórios ao grupo de trabalho referentes à proposta de estabelecimento de um tribunal multilateral de investimento.

Não tomaremos posição sobre as críticas à globalização e à proliferação do investimento estrangeiro, ainda que as mesmas estejam relacionadas com a crise de legitimidade dos mecanismos específicos de resolução de litígios com investidores. As novas propostas europeias não se baseiam numa desconfiança face ao comércio internacional, dado que, esta nova geração de acordos internacionais de investimento visa a expansão do mesmo. A desconfiança da União Europeia face ao sistema de resolução de litígios de investimento, relaciona-se com a forma como o mesmo opera, e não com o comércio internacional em si³¹⁸.

A primeira das quais levanta problemas de legitimidade, dado que se tem entendido que o sistema atribui demasiado poder aos árbitros, podendo as suas decisões produzir efeitos ao nível da alteração de políticas governamentais e afetar a prossecução do interesse público por parte do Estado recetor de investimento, sem que exista sequer um mecanismo de controlo, pela inexistência de um órgão de recurso. Ao contrário dos juízes, os árbitros não são funcionários do Estado, são privados, escolhidos pelas partes, não tendo por isso qualquer tipo de legitimidade democrática. Os mecanismos específicos de resolução de litígios com investidores são assim vistos como privilégios dos investidores,

³¹⁷ Para consultar o relatório de relativo à 35.ª sessão, de 23 a 27 de abril de 2018, vide: http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionersessions/51st-session/a-cn9-935-clean_submitted_ADVANCE_COPY.PDF

³¹⁸ “Investment is essential for growth and for job creation. It integrates the EU in global value chains to achieve a stronger economic recovery. EU policies are geared towards increasing investment as part of the recovery. The EU already is the world’s largest source and destination of foreign direct investment (FDI), and therefore has a Strong interest to facilitate and protect international investment and to support our investors. As the EU upholds a high standard in promoting and protecting investment in its territory, the EU has a natural interest in obtaining similarly credible and enforceable guarantees for EU investments and investors abroad.” - Declaração que inicia o *concept paper* da Comissão Europeia de maio de 2015, intitulado “Investment in TTIP and beyond – the path for reform”, um documento que reflete a alteração da política da União Europeia no que toca à resolução de litígios de investimento. Para consultar, vide: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

que lhes permitem questionar decisões democráticas que visam o interesse público sempre que as mesmas têm potencial para afetar os seus lucros, em tribunais que operam à margem dos sistemas jurisdicionais estaduais e que prejudicam a Democracia e a sociedade³¹⁹.

Salientamos que esta crítica reflete uma preocupação das sociedades europeias relacionada com o sentimento de que os Estados estão a perder cada vez mais a sua soberania e de que a representação dos interesses das populações junto de órgãos decisores é cada vez menor, face a um Mundo mais globalizado, sem fronteiras e onde os cidadãos sentem que estão a perder o controlo sobre a forma como os Estados são governados, em benefício de interesses capitalistas de multinacionais que apenas têm em vista os seus próprios lucros. Este tipo de preocupações deve naturalmente ser tido em conta, e está na base de eventos como a ascensão de movimentos nacionalistas e eurocéticos um pouco por toda a Europa, e a vitória do “Sim” no referendo sobre a saída do Reino Unido da União Europeia.

No entanto, o sistema de mecanismos específicos de resolução de litígios com investidores tem por base cerca de 3.000 acordos de investimento, entre acordos internacionais bilaterais e multilaterais. Estes acordos internacionais foram celebrados livremente por Estados soberanos, no âmbito dos poderes que os quadros legislativos internos permitem. O poder dos árbitros é atribuído por acordos internacionais, da mesma forma que o poder dos juízes é atribuído por lei, ambos instrumentos normativos à disposição do poder legislativo estadual. Esta crítica é por esse motivo falaciosa no nosso entendimento.

O argumento de que a arbitragem de investimento limita de alguma forma o poder político, acaba por ser exagerado dado que, qualquer acordo internacional prevê direitos e obrigações para as partes, e que por isso a limitação é auto-imposta. Na verdade, ao abrigo da arbitragem CIRDI o número de litígios no qual o investidor veio a questionar

³¹⁹ Neste sentido ver a carta aberta ao Parlamento Europeu em maio de 2014, pedindo que o TTIP exclua mecanismos de resolução de litígios com investidores, emitida por mais de 90 organizações espanholas. Consultar a versão inglesa em: <https://www.breastcanceruk.org.uk/uploads/English-MEP-letter.pdf>

atos legislativos, é bastante reduzido em comparação com o número de litígios no qual estavam em causa atos executivos³²⁰.

Outra crítica invocada é a falta de neutralidade que caracteriza estes mecanismos, por serem parciais e mais favoráveis aos investidores, o que na prática não se verifica, de acordo com as estatísticas do CIRDI, para o qual já remetemos.

Adicionalmente é invocado que, ainda que a arbitragem de investimento se caracteriza por procedimentos secretos, escondidos do público. Contra este argumento, autores como Charles N. Brower invocam que na prática tal não se verifica dada a quantidade de *websites* que disponibiliza não só as decisões, mas as transcrições das audiências e as submissões das partes³²¹. Com base nesta crítica, a UNCITRAL lançou um corpo normativo sobre transparência em procedimentos arbitrais entre Estados e investidores que tenham por base acordos internacionais.

Este panorama deu origem às reformas adotadas em sede da União Europeia no que toca aos mecanismos de resolução de litígios com investidores. Estas reformas são extremamente importantes, dado que se estima que cerca de metade dos acordos bilaterais de investimento em vigor tenham como parte um Estado Membro da União Europeia.

8.2. A Nova Política Europeia Sobre Mecanismos de Resolução de Litígios de Investimento

Em 2009, e como foi já referido *supra*, o Tratado de Lisboa atribuiu competência à União Europeia sobre proteção de investimento, abrindo caminho para a reforma do sistema de resolução de litígios com investidores a nível europeu³²².

³²⁰ Ver a bibliografia citada por Charles N. Brower, *Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration?*, in *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Kluwer Law International, Volume 8, Issue 3, 2015, página 661.

³²¹ *Vide* Charles N. Brower, *Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration?*, in *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Kluwer Law International, Volume 8, Issue 3, 2015, página 660.

³²² Espelhando os vetores que guiam a nova perspectiva europeia, ver o *concept paper* da Comissão Europeia citado na nota de rodapé n.º 1: “*The key challenge for the EU's reformed investment policy is the need to ensure that the goal of protecting and encouraging investment does not affect the ability of the EU and its Member States to continue to pursue public policy objectives. A major part of that challenge is to make sure that any system for dispute settlement is fair and independent. The EU has already begun to address these challenges, through interactions with EU stakeholders and through the process of negotiation of the first generation of EU trade agreements that included investment protection and ISDS.*”

A conclusão da negociação de acordos de investimento por parte da União Europeia deu-se apenas em 2014, com a negociação do acordo CETA e do projeto do TTIP. Ambos os acordos acolheram a nova abordagem europeia no que toca à resolução de litígios de investimento.

Em 2014, a Comissão Europeia optou por fazer uma consulta pública em sede das negociações do acordo TTIP, que tinham tido sido iniciadas em julho de 2013. De acordo com o comunicado da Comissão Europeia, a consulta incidia sobre proteção de investimento e sobre mecanismos de resolução de litígios entre investidores e Estados, e visava aferir se a proposta da União Europeia para o acordo alcançava o equilíbrio correto entre a proteção dos investidores e a salvaguarda da capacidade da União Europeia de regular, tendo em vista o interesse público³²³. O relatório referente aos resultados da consulta foi publicado a 13 de janeiro de 2015³²⁴, tendo sido demonstrada uma preferência pela institucionalização dos mecanismos de resolução de litígios de investimento no comércio com Estados terceiros e nos acordos de investimento³²⁵. No que toca à resolução de litígios com investidores foram abordadas matérias como a transparência, a relação com os tribunais domésticos, a conduta e qualificações dos árbitros, a redução do risco de decisões frívolas, a interpretação dos acordos, a criação de um sistema de recurso e a consistência das decisões.

Adicionalmente, foi apontado que a melhor solução passaria pela criação de um sistema multilateral de resolução de litígios, ou seja, de um tribunal permanente de investimento, para lidar mais eficazmente com questões como a conduta dos árbitros e o recurso de sentenças, em vez de pela ação ao nível bilateral por via dos acordos bilaterais.

Na sequência da consulta pública, a Comissão Europeia lançou em maio de 2015 o *concept paper* intitulado “*Investment in TTIP and beyond – the path for reform*”³²⁶, no

³²³ Ver o comunicado em: http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consult_id=179

³²⁴ Para consultar o relatório, vide: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf. Participaram cerca de 3.000 cidadãos e 450 organizações, entre as quais sociedades comerciais, sociedades de advogados, associações de proteção de consumidores, etc.

³²⁵ De notar que num artigo da agência Reuters refere-se que os resultados da consulta pública podem não ser viáveis pelo facto de 95% das respostas terem sido dadas por apoiantes de grupos minoritários hostis à celebração do acordo, e que pode ter estado em causa uma manipulação dos resultados por parte dos mesmos. Consultar o artigo: <https://www.reuters.com/article/us-eu-usa-trade/exclusive-online-protest-delays-eu-plan-to-resolve-u-s-trade-row-idUSKCN0JA0YA20141126>

³²⁶ Consultar em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

qual é definido que, a abordagem da União Europeia para o futuro passará pela criação de um sistema multilateral para a resolução de litígios de investimento.

Os cidadãos demonstraram preocupações ao nível da proteção do direito a regular³²⁷, do funcionamento dos tribunais arbitrais, da revisão de sentenças através de um mecanismo de recurso e ao nível da relação entre tribunais estaduais e os mecanismos de resolução de litígios com investidores. Estas preocupações estão ligadas com aspetos da crise de legitimidade da arbitragem de investimento, nomeadamente a ideia de que os acordos de investimento têm sido um instrumento que limita que os Estados possam livremente prosseguir o interesse público e que falta legitimidade aos árbitros para poderem tomar decisões que afetem a forma como os Estados regulam a Economia, a Saúde, o Meio Ambiente, etc.

Começando pelo direito a regular, os mecanismos de resolução de litígios surgem tendo mais em vista a proteção dos direitos do investidor do que a proteção do direito do Estado a prosseguir livremente o interesse público. Certos acordos de investimento têm previsto inclusivamente que os investidores têm direito a um enquadramento empresarial estável, levando alguns tribunais arbitrais a interpretar esta disposição como uma proibição a repetidas alterações legislativas. No entendimento espelhado pela Comissão Europeia no *concept paper* de maio de 2015, uma garantia desta natureza é desconforme ao quadro normativo europeu de proteção de investimento. A Comissão reflete ainda sobre a futura inclusão de artigos, que prevejam o direito de os Estados adotarem medidas que visem a prossecução de objetivos de políticas públicas legítimas, e de artigos que esclareçam que a interpretação do acordo não pode resultar no impedimento de interromper um auxílio de Estado, quando o mesmo tenha sido considerado ilícito pelas autoridades competentes.

Quanto ao estabelecimento dos tribunais arbitrais e ao seu funcionamento, a Comissão refere ainda o facto de o sistema de escolha de árbitros operar caso a caso, sem consideração por possíveis conflitos de interesses que possam surgir (exemplificando, nada impede que um árbitro num caso atue como advogado de uma parte noutro caso).

³²⁷ De notar que as decisões arbitrais de investimento têm reconhecido que os Estados dispõem de poderes regulatórios tendo em vista a prossecução do interesse público, em áreas como a segurança, a saúde pública e o meio ambiente, sendo que o exercício desses poderes tem sido considerado lícito quando feito de boa fé, de forma proporcional e não discriminatória, devendo o investidor ser compensado por danos que venha a sofrer. – Neste sentido ver a jurisprudência citada em Piero Bernardini, *The European Union's Investment Court System – A Critical Analysis*, in Matthias Scherer (ed), *ASA Bulletin*, Association Suisse de l'Arbitrage, Volume 35, Issue 4, Kluwer Law International, 2017, páginas 816-817.

Dos resultados da consulta pública, retira-se que o público considera que a natureza *ad hoc* destas arbitragens interfere com a independência dos árbitros, tornando-os mais influenciáveis a subornos. A Comissão refere assim que em sede de futuros acordos deva ser incluída uma disposição que imponha que todos os árbitros devam ser escolhidos de uma lista já redigida pelas partes do acordo (não sendo por isso livremente escolhidos pelas partes do litígio), que os árbitros tenham qualificações suficientes para ter cargos judiciais na sua jurisdição de origem e por fim, que se preveja a possibilidade de intervenção de terceiros, quando tenham um interesse direto no resultado do litígio, e não penas como *amicus curiae*.

Passando agora para a criação de um mecanismo de recurso, a inexistência de mecanismos de controlo sobre decisões tem sido uma crítica feita de forma recorrente aos mecanismos de resolução de litígios com investidores, e foi um aspeto muito salientado na consulta pública. A criação de uma instância de recurso visa assegurar que as decisões sejam conformes ao Direito e previsíveis e visa trazer ainda, legitimidade ao sistema de resolução de litígios com investidores. No *concept paper*, a Comissão atestou que o mecanismo de recurso deve ser concebido com base no sistema da OMC, com as devidas adaptações, devendo o órgão ter sete membros permanentes (dois de cada parte do acordo e três de outras nacionalidades), cujas qualificações devem igualar as qualificações dos juízes do órgão de recurso da OMC e/ou do Tribunal Internacional de Justiça.

Outro ponto que foi abordado na consulta pública, foi a relação entre os tribunais estaduais e os mecanismos de resolução de litígios com investidores. As críticas incidem sobre o facto de estar em causa um privilégio de foro que é conferido aos investidores de escapar aos tribunais estaduais, e de ver o seu direito assegurado em tribunais especiais, que lhe são mais favoráveis. A Comissão realça que os tribunais estaduais apenas aplicam Direito estadual, enquanto a estes litígios é aplicável Direito Internacional do Investimento, dado que os acordos de investimento podem estar incorporados no quadro legislativo interno; conclui, no entanto, que a relação entre ambos deve ser esclarecida, nomeadamente para evitar decisões diferentes sobre o mesmo diferendo ou duplas compensações.

De notar que, a maioria dos acordos de investimento não contém disposições sobre a relação entre tribunais estaduais e estes mecanismos, deixando em aberto a escolha, sendo possível que o processo decorra em ambos em simultâneo. Como vimos, alguns acordos

bilaterais exigem por outro lado o esgotamento dos meios internos. Quanto a esta questão, a Comissão Europeia propõe que em acordos futuros se preveja que o investidor tenha de optar entre os tribunais estaduais e os mecanismos específicos de resolução de litígios com investidores (abordagem “*fork-in-the road*”), ou que o recurso por parte dos investidores a estes mecanismos implique uma renúncia à propositura da ação perante os tribunais estaduais (abordagem “*no u-turn*”).

A Comissão Europeia conclui, referindo que os passos assinalados têm em vista a criação de um sistema multilateral, construído através da inclusão de mecanismos de recurso em todos os acordos bilaterais celebrados pela União Europeia e da criação de uma lista de árbitros, aptos depois a integrarem um tribunal permanente de investimento, sendo que este tribunal multilateral viria substituir os tribunais bilaterais de investimento. A União Europeia deve assim promover a criação desse tribunal permanente, enquanto organismo internacional ou enquanto parte de uma já existente organização internacional, responsável pela resolução de diferendos que surjam dos vários acordos bilaterais.

Quanto à multilateralização do sistema de tribunais de investimento, a União Europeia lançou outra consulta pública, que encerrou em março de 2017, com resultados favoráveis³²⁸. No entanto, alguns importantes parceiros da União Europeia demonstraram não concordar com esta proposta³²⁹. A 20 de março de 2018, o Conselho Europeu aprovou diretivas de negociação para a celebração de uma convenção internacional que crie um tribunal multilateral de investimento³³⁰.

Verifica-se que certos Estados individualmente demonstraram algum descontentamento com o panorama anterior relativo à arbitragem de investimento, dado que a posição da União Europeia foi publicamente seguida por países como a Alemanha e a França, que emitiram propostas similares às do “*concept paper*”. Por outro lado, a Itália denunciou em 2016 o Tratado da Carta da Energia, antecipando uma série de litígios que potencialmente poderiam surgir no seguimento de cortes em subsídios governamentais a

³²⁸ Consultar: http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=233

³²⁹ Vide: <https://www.iisd.org/itn/2017/03/13/european-union-and-canada-co-host-discussions-on-a-multilateral-investment-court/>

³³⁰ Para consultar: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>
A iniciativa exclui expressamente os acordos de investimentos bilaterais celebrados entre Estados-Membros, o que coincide com a posição da União Europeia face a estes, como veremos no ponto seguinte.

investidores na área da energia solar³³¹. Em Espanha mais de 90 organizações enviaram uma carta aberta ao Parlamento Europeu em maio de 2014 pedindo que o TTIP exclua mecanismos de resolução de litígios com investidores³³². Diferentemente, Estados como o Reino Unido, a República Checa, a Suécia e Portugal enviaram uma carta à Comissão, em defesa do TTIP e da inclusão de mecanismos de resolução de litígios com investidores³³³.

8.2.1. O Caso Achmea

Recentemente, no âmbito do Caso *Achmea*³³⁴, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que a arbitragem de investimento ao abrigo dos acordos de investimento celebrado entre Estados-Membros é incompatível com o ordenamento jurídico da União Europeia.

O entendimento adotado pelo tribunal não é inesperado, dado que vem no seguimento do que se verificou no supracitado Caso *Micula* e na intervenção que a União Europeia tem vindo a assumir no que toca à celebração de acordos de investimento e à previsão de mecanismos de resolução de litígios com investidores.

A sentença é uma decisão prejudicial que o TJUE foi chamado a emitir, referente à sentença arbitral no litígio de investimento que envolveu a empresa de seguros holandesa Achmea e a Eslováquia, ao abrigo do acordo bilateral de investimento celebrado entre os Países Baixos e a Eslováquia. A questão prejudicial chegou ao TJUE quando o Governo Eslovaco invocou que o tribunal arbitral não teria jurisdição sobre o litígio, por a cláusula arbitral do acordo de investimento ser desconforme ao Direito da União Europeia. Em consequência levou a questão aos tribunais alemães, que suscitaram a questão prejudicial,

³³¹ Apesar disso, pelo artigo 47.º (3) do Tratado da Carta da Energia, tal não interrompe processos pendentes, nem obsta a que novos litígios sejam propostos num espaço de 20 anos após o investimento. Daí que esta decisão apenas produza verdadeiramente efeitos nessa altura.

³³² Consultar a versão inglesa em:

<https://www.breastcanceruk.org.uk/uploads/English-MEP-letter.pdf>

Os argumentos invoados consistem na atribuição de direitos exclusivos a investidores de questionarem em tribunal decisões tomadas democraticamente e que visam o interesse público.

³³³ Consultar em:

<http://blogs.ft.com/brusselsblog/files/2014/10/ISDSLetter.pdf>

³³⁴ Caso C-284/16, *Achmea v. Slovak Republic*, ECLI:EU:C:2018:158.

tendo o TJUE dado razão à Eslováquia, contrariamente ao entendimento sufragado pelo Advogado-Geral Whatelet³³⁵.

O Tribunal declarou que, a celebração de acordos internacionais tendo em vista a criação de tribunais responsáveis pela interpretação e aplicação dos mesmos não é em princípio incompatível com a ordem jurídica europeia, desde que a autonomia da mesma seja respeitada³³⁶. O TJUE afirmou ainda que o tribunal arbitral criado ao abrigo do tratado bilateral de investimento pode ser chamado a resolver litígios que possam dizer respeito à interpretação ou à aplicação do Direito da União Europeia, dado que deve ter em consideração o direito em vigor no Estado Contratante. Consequentemente, e com base no princípio do primado do Direito da União Europeia, o tribunal arbitral deve ter em consideração o ordenamento jurídico europeu e é por isso chamado a interpretar e aplicar o mesmo, nomeadamente, a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de capitais³³⁷. No entanto, e como vimos, estes tribunais não integram o sistema jurisdicional da União Europeia de acordo com o artigo 267.º do TFUE, e não podem por isso submeter questões prejudiciais ao TJUE³³⁸. O tribunal concluiu assim que, a possibilidade destes tribunais poderem pronunciar-se sobre normas europeias é *“suscetível de pôr em causa, para além do princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros, a preservação do carácter adequado do direito instituído pelos Tratados, assegurado pelo mecanismo do reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE, e não é, por conseguinte, compatível com o princípio da cooperação leal”*³³⁹.

As consequências desta decisão não foram abordadas pelo TJUE na sentença, mas a argumentação utilizada pelo tribunal é transponível para todos os acordos bilaterais de investimento celebrados entre Estados-Membros, assim como para os acordos multilaterais como o Tratado da Carta da Energia³⁴⁰. O TJUE poderá esclarecer algumas destas questões quando emitir o parecer solicitado pelo Reino da Bélgica, referente à compatibilidade do Acordo CETA com o ordenamento jurídico da União Europeia.

³³⁵ Caso C-284/16, Slowakische Republik contra Achmea BV., Conclusões do Advogado-Geral M. Wathelet apresentadas em 19 de setembro de 2017, ECLI:EU:C:2017:699.

³³⁶ Caso C-284/16, Slowakische Republik contra Achmea BV., parágrafo 57, ECLI:EU:C:2018:158.

³³⁷ Caso C-284/16, Slowakische Republik contra Achmea BV., parágrafos 39-43, ECLI:EU:C:2018:158.

³³⁸ Caso C-284/16, Slowakische Republik contra Achmea BV., parágrafos 44-49, ECLI:EU:C:2018:158.

³³⁹ Caso C-284/16, Slowakische Republik contra Achmea BV., parágrafos 56-58, ECLI:EU:C:2018:158.

³⁴⁰ De notar que quanto ao Tratado da Carta da Energia, a aplicabilidade do julgamento do TJUE no Caso *Achmea* foi debatida, tendo o tribunal arbitral entendido que a mesma não afeta a arbitragem de investimento ao abrigo do Tratado da Carta da Energia. *Vide* Caso *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 de maio de 2018.

Stephan Balthasar propõe que, de modo a limitar os efeitos da decisão, as partes devam optar por um local para a arbitragem que seja fora da União Europeia, optando pelas regras da CIRDI, dado que os tribunais arbitrais criados ao abrigo deste regime são sediados em Washington. Quanto à execução das sentenças, o autor refere que a mesma não será afetada em centros financeiros como Nova Iorque, Hong Kong, Singapura ou Zurique, fora da União Europeia. Os investidores podem ainda dirigir as suas operações de modo a não necessitarem de recorrer aos tratados bilaterais de investimento entre Estados-Membros³⁴¹.

Independentemente deste tipo soluções pragmáticas, a decisão vem introduzir um risco acrescido aos investidores, dado que depois de anos de processo arbitral, com todos os custos associados, podem deparar-se com um ato da União Europeia que negue jurisdição ao tribunal arbitral, como aconteceu à Achmea.

Veremos agora as soluções que foram adotadas em concreto nos acordos de investimento celebrados pela União Europeia. No entanto, nem todos os aspetos dos acordos relativamente à resolução de litígios serão salientados, mas apenas os de maior relevância, nomeadamente por simbolizarem um corte com o que é a configuração usual dos mecanismos de resolução de litígios com investidores em sede de acordos de investimento, e por contribuírem para a análise da natureza jurídica dos mecanismos em causa.

8.2.2. O Acordo CETA

O Acordo CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) é um acordo internacional celebrado entre a União Europeia e o Canadá, que tem como objetivo estimular o comércio e o investimento entre os Estados-Membros e o Canadá. É o primeiro acordo de investimento celebrado pela União Europeia ao abrigo das suas competências (adquiridas com o Tratado de Lisboa, como referido *supra*), tendo substituído os acordos bilaterais de investimento celebrados entre os Estados-Membros e o Canadá.

³⁴¹ Stephan Balthasar, Investment Protection in Europe: International Investment Treaties, the European Convention on Human Rights and the Need for Reform at EU Level, in Jörg Risse, Günter Pickrahn, et al. (eds), SchiedsVZ, German Arbitration Journal, Kluwer Law International, Volume 16 Issue 4, 2018, página 229.

As negociações do acordo foram retomadas após a consulta pública feita ao TTIP, e a sua redação foi altamente influenciada pelo resultado da consulta³⁴². Muito provavelmente servirá de modelo aos futuros acordos de investimento celebrados pela União Europeia, nomeadamente em matéria de resolução de litígios de investimento, daí que a análise das suas disposições seja da maior pertinência. Apesar disso, os mecanismos de resolução de litígios previstos no FTA celebrados com Singapura, o Japão e o Vietname apresentam uma configuração mais próxima dos clássicos acordos bilaterais de investimento.

No preâmbulo do acordo, as partes declaram desde logo que preservam o seu direito a regular e a prosseguir políticas públicas como a saúde pública, a segurança, o meio ambiente, a moralidade pública e a promoção da diversidade cultural, em consonância com a preocupação demonstrada pela União Europeia de que, os mecanismos de resolução de litígios com investidores não obstem à prossecução do interesse público.

O Acordo CETA, permite aos investidores submeter litígios com origem na violação por parte do Estado que recebe o investimento das disposições substantivas relativas à sua proteção. Ambos os acordos procedem à definição de conceitos substantivos como “*fair and equitable treatment*” e expropriação indireta, tendo em vista a redução da margem de interpretação dos árbitros³⁴³. As partes procuraram ainda, combater práticas de “*forum shopping*”, vedando que o litígio possa ser proposto por investidores cuja sede seja num Estado-Membro, mas que não tenham operações reais no mesmo, ou por investidores que iniciem um investimento num dado território tendo em vista apenas a propositura do litígio.

O combate aos casos de “*forum shopping*” surge como uma das preocupações da Comissão Europeia, nomeadamente na sequência de casos como o Caso *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*³⁴⁴ e o Caso *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*³⁴⁵, como foi abordado pela Comissão Europeia no seu

³⁴² Para consultar o relatório da Comissão Europeia referente à consulta pública online sobre a resolução de litígios entre investidores e Estados no TTIP (janeiro de 2015):

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf

³⁴³ Uma maior densificação dos conceitos verificou-se também em 2004, com a criação de um novo Modelo de Acordo Bilateral de Investimento nos Estados Unidos da América, uma tendência que o Modelo de 2012 também adotou. Neste sentido *vide* Anna Joubin-Bret, Jean E. Kalicki, editado por, *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, Nijhoff International Investment Law Series, Leiden, 2015, páginas 262-264.

³⁴⁴ Caso *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.

³⁴⁵ Caso *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12.

“concept paper”³⁴⁶. A decisão tribunal no âmbito do Caso *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*³⁴⁷ foi no sentido da inadmissibilidade do pedido, dado que se tinha verificado uma reestruturação na estrutura do investidor num momento em que era previsível que o litígio ocorresse, tendo a reestruturação como objetivo principal obter a proteção do acordo de investimento em causa. O tribunal negou assim ter jurisdição com base na ilegitimidade do “forum shopping”³⁴⁸, invocando inclusivamente decisões anteriores.

O acordo procede à criação de um tribunal permanente de investimento de primeira instância, com competência exclusiva para resolver litígios que tenham por base uma violação de normas substantivas de proteção, que integrem o capítulo referente ao investimento (*vide* o artigo 8.27.º(1) do Acordo CETA)³⁴⁹.

O início do processo de resolução pode seguir as regras da Convenção CIRDI, as Regras Sobre Facilidades Adicionais de 1978 do CIRDI ou outras regras acordadas pelas partes (Acordo CETA, artigo 8.23 (2), alíneas (a) a (d)). Como vimos, a União Europeia não é parte da Convenção CIRDI e por esse motivo, e como realça Tomáš Fecák³⁵⁰, as arbitragens CIRDI ao abrigo de acordos de investimento da União Europeia, podem constituir uma possibilidade meramente hipotética, sujeita a uma adesão da União à Convenção CIRDI (o que como vimos é altamente improvável). O mesmo problema já não se coloca quanto às regras do mecanismo adicional CIRDI.

Quanto à proposta de seleção dos árbitros, esta tem como consequência a transferência de poder das partes do litígio para as partes do acordo. O fundamento do entendimento da Comissão Europeia é, como vimos, o de garantir a independência dos árbitros e de

³⁴⁶ “We have prevented practices by investors such as “forum shopping”, that is trying to pick the most suitable agreement to bring an ISDS claim. For example, the making of an investment or business re-organisation for the purpose of bringing a case (as is alleged Philip Morris has done to bring its case against Australia) is explicitly prohibited in CETA. No other ISDS agreement contains such a provision. Moreover, “mailbox” companies will not be able to bring cases to arbitration. Only companies with real business operations in the territory of one of the Parties will be covered by the investment protection provisions”. Vide a página 2 do referido documento em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

³⁴⁷ Caso *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 de dezembro de 2015.

³⁴⁸ Caso *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 de dezembro de 2015, parágrafos 540 e 588.

³⁴⁹ Verifica-se que as redações do artigo 21.7 do FTA celebrado com o Japão, do artigo 14.5. do FTA celebrado com Singapura e do artigo 15.7 do FTA celebrado com o Vietname são diferentes, referindo-se expressamente à constituição de um tribunal arbitral.

³⁵⁰ Tomáš Fecák, *International Investment Agreements and EU Law*, Kluwer Law International, 2016, página 302.

assegurar que os mesmos conduzem o processo de forma imparcial. Em sede de arbitragem, a regra é a das partes serem livres de escolher os árbitros, salvas limitações relacionadas com situações de conflitos de interesses. Tal significaria que o número de árbitros possíveis de serem escolhidos pelas partes é infindável. Na prática tal não se tem vindo a verificar e a situação originou o que aparenta ser um clube restrito de advogados e árbitros que alternam o seu papel conforme os litígios, tendo levado, como vimos, a opinião pública e a Comissão Europeia a questionar o atual sistema de escolha dos árbitros.

Autores como Piero Bernardini³⁵¹, questionam se este será o método mais apropriado para assegurar a neutralidade dos árbitros, dado que a lista de árbitros é da responsabilidade de um comité constituído por representantes dos Estados (*vide* o artigo 8.26.º, n.º 1 do CETA) e que os mesmos serão remunerados pelos mesmos, pelo pagamento de uma quantia, que pode ser futuramente convertida num salário (*vide* o artigo 8.27(5) a (15) do Acordo CETA), sendo que no caso concreto as partes não intervêm na escolha dos membros do tribunal. Também Charles N. Bower se opõe a esta inovação³⁵², notando que o processo de seleção dos árbitros será muito mais politizado e que a seleção dos árbitros é importante para equilibrar as diferenças de poder entre o Estado e o investidor³⁵³. Freya Baetens³⁵⁴ salienta ainda outro aspeto, presente em sede do Acordo CETA, do Acordo TTIP³⁵⁵, que para a autora se configura como o aspeto de maior gravidade: “[f]or greater certainty, this does not imply that persons who are government officials or receive an income from the government, but who are otherwise independent of the government, are ineligible.”³⁵⁶ A autora invoca ainda que a exclusão de pessoas que tenham atuado como

³⁵¹ Piero Bernardini, The European Union’s Investment Court System – A Critical Analysis, in Matthias Scherer (ed), ASA Bulletin, Association Suisse de l'Arbitrage, Volume 35, Issue 4, Kluwer Law International, 2017, página 815.

³⁵² Charles N. Brower, Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration?, in Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Kluwer Law International, Volume 8, Issue 3, 2015, página 672: “One of the foundational elements of the perceived legitimacy of investor-State dispute settlement is the timeless right of the parties to choose their arbitrators.”

³⁵³ O autor refere ainda a dificuldade de os Estados acordarem numa lista de árbitros, referindo casos reais em que na prática não foi possível alcançar um consenso nesta matéria. - Charles N. Brower, Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration?, in Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Kluwer Law International, Volume 8, Issue 3, 2015, página 673.

³⁵⁴ Freya Baetens, The European Union’s Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges, in Legal Issues of Economic Integration, 43, no. 4, Kluwer Law International, Países Baixos, 2016, página 370.

³⁵⁵ Artigo 8.30.º (1), nota de rodapé 10 do Acordo CETA.

³⁵⁶ Nas palavras da autora: “Accepting this draft provision would mean that, for example, counsel defending the same respondent State in a noninvestment dispute as well as any domestic court judge, might be seen

advogados, peritos ou testemunhas noutros litígios, não só dificulta muito a procura de candidatos com o conhecimento necessário, como ignora que, em muitas jurisdições os indivíduos não podem recusar testemunhar³⁵⁷.

Tal significa que nenhuma das partes do litígio tem controlo direto sobre os membros do tribunal num litígio, aquando do mesmo.

O Acordo CETA impõe um código de conduta aos membros do tribunal de primeira e de segunda instância, tendo em vista a garantia da sua imparcialidade³⁵⁸. O acordo aborda a questão de os membros dos tribunais poderem servir como advogados, peritos ou testemunhas noutros casos no qual não atuem como membros do tribunal. Ambos os acordos proíbem esta prática, nos termos do artigo 8.30.º (1) no caso do Acordo CETA)³⁵⁹. A imposição aos árbitros de um código de conduta feita pelo CETA opera por remissão para as “*International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*”, não vindo trazer grande inovação ao panorama anterior.

Outra questão processual relevante, é a da determinação do demandado, se o mesmo deve ser um Estado-Membro ou a própria União Europeia, que nunca tinha surgido antes em sede de acordos de investimento, pois tradicionalmente os mesmos eram celebrados entre Estados. Como vimos, no Caso *Electrabel SA v. Hungria*³⁶⁰, a Comissão Europeia atuando como *amicus curiae*, veio a invocar que o demandante deveria ter solicitado a

as able to cumulate their position with the position of Judge or Member in an ICS.” - Freya Baetens, The European Union’s Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges, in Legal Issues of Economic Integration, 43, no. 4, Kluwer Law International, Países Baixos, 2016, página 370.

³⁵⁷ Freya Baetens, The European Union’s Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges, in Legal Issues of Economic Integration, 43, no. 4, Kluwer Law International, Países Baixos, 2016, página 370.

³⁵⁸ Neste sentido, ver as *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2014)*, para as quais o Acordo CETA remete expressamente, no artigo 8.30. Pelo 3.11.º, o FTA celebrado com Singapura remete para um código de conduta próprio do acordo, o anexo 7 do acordo., assim como o artigo 15.8 do FTA celebrado com o Vietname e o artigo 21.10 do FTA celebrado com o Japão. As regras estabelecem condições para a remoção de membros de uma dada Divisão de juizes, remoção que pode operar num caso específico ou em geral. De notar que tipicamente, a remoção de um árbitro apenas opera por decisão dos restantes árbitros, e a aplicação das *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* depende do acordo das partes nesse sentido.

³⁵⁹ O Artigo 8.30.º (2) do Acordo CETA dispõe que quando uma parte do litígio entenda que existe um conflito de interesses quanto a um dos membros do tribunal, “pode convidar o presidente do Tribunal Internacional de Justiça a proferir uma decisão sobre a contestação da nomeação desse membro”.

³⁶⁰ Caso *Electrabel SA v. Hungria*, ICSID Case No ARB/07/19, Award, 25 de novembro de 2015, parágrafo 3.19.

questão da determinação do demandado. Como nos diz Elsa Sardinha³⁶¹, “*The determination of the proper respondent is crucial at the outset of the arbitration, for if the claimant errs, the tribunal could find that it lacks jurisdiction over the proper respondent or the award might not be enforceable*”. Ao abrigo do Acordo CETA, cabe ao demandante enviar um pedido à União Europeia de determinação do demandado, antes de submeter o pedido da ação (neste sentido, o artigo 8.21(1) do Acordo CETA)³⁶².

Quanto à determinação do demandado, o Acordo CETA não esclarece a possibilidade de o investidor submeter o pedido contra vários demandantes, nomeadamente contra a União Europeia e contra os Estados-Membros em simultâneo, embora a letra do artigo 8.21 aborde o demandante como sendo a União Europeia, ou um Estado-Membro em alternativa. Na prática, por segurança, os investidores canadianos irão submeter o litígio contra a União Europeia. Tal levanta alguns problemas no que toca à execução das decisões, dado que a Convenção CIRDI apenas pode ser subscrita por Estados. O Acordo CETA no artigo 8.41(6) refere que a uma sentença emitida ao abrigo do CETA se aplicará o disposto no capítulo IV, secção 6, da Convenção CIRDI³⁶³. O acordo não dá também resposta à possibilidade de a União Europeia não emitir a determinação no prazo devido para o efeito, e o investidor optar pelo demandado errado.

Outro aspeto da reforma são a maior transparência dos procedimentos. Como foi já referido, independentemente de a confidencialidade ser uma característica importante na

³⁶¹ Elsa Sardinha, *The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU–Vietnam Free Trade Agreement*, in *ICSID Review*, Vol. 32, No. 3 2017, página 656.

³⁶² De notar que os três FTA não se pronunciam sobre como deve ser feita esta determinação. Já no caso do Acordo CETA, o artigo 8.21(4) dispõe que quando estejam em causa medidas adotadas exclusivamente por um Estado-Membro o mesmo deverá ser o demandado, sendo que quando estejam em causa medidas adotadas por ambos, a demandada será a União Europeia. Tal permitirá depois à União Europeia alocar a responsabilidade financeira pelo litígio de forma interna, ao abrigo do Regulamento (UE) n.º 912/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de julho de 2014, que estabelece um regime de gestão da responsabilidade financeira relacionada com os órgãos jurisdicionais de resolução de litígios entre os investidores e o Estado, estabelecidos por acordos internacionais em que a União é parte, 2014, L 257/121. Quando a União Europeia seja demandada, o Estado-Membro está depois obrigado a cooperar, em virtude dos princípios de Direito da União Europeia.

³⁶³ Quanto a este ponto, Elsa Sardinha: “*The Parties to CETA have sought to overcome this problem by providing that an award shall be treated as if it were an ICSID award, but it is how a sub-set of parties to a treaty (Canada and certain EU Member) can interpret a multilateral treaty (the ICSID Convention) that binds nonparties to their agreement to give effect to a CETA award as if it were an ICSID award.*” - Elsa Sardinha, *The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU–Vietnam Free Trade Agreement*, in *ICSID Review*, Vol. 32, No. 3 2017, página 658. Discordamos da autora, dado que não se trata aqui de interpretar um tratado multilateral, mas de fazer uma remissão para um regime jurídico que de outra forma não se aplicaria às sentenças emitidas ao abrigo do CETA, em virtude de a União Europeia não ser parte da Convenção CIRDI.

arbitragem, tem sido notório o aumento da preocupação com a transparência no âmbito dos mecanismos de resolução de litígios com investidores, nomeadamente através da adoção das regras da UNCITRAL sobre transparência, por alguns acordos e pelos tribunais em casos concretos. Concordamos com a abordagem da União Europeia quanto a esta matéria. Decerto que a confidencialidade é um aspeto importante da arbitragem, em especial da arbitragem comercial internacional, mas em sede da arbitragem de investimento o interesse público desempenha um papel especialmente importante. Esta importância justifica a autonomização da arbitragem de investimento e fundamenta que a confidencialidade seja limitada neste tipo de mecanismos de resolução de litígios³⁶⁴. A remissão não deixa de ser inovadora, dado que como foi já referido, esta segue uma tendência que se tem vindo a verificar na arbitragem de investimento. O Acordo CETA remete para as regras UNCITRAL sobre transparência³⁶⁵ (Artigo 8.36 do Acordo CETA). Em consequência, todos os documentos do processo, quer tenham sido submetidos pelas partes ou quer sejam decisões do tribunal, serão objeto de publicação. Terceiros interessados, como organizações não governamentais, poderão participar no processo como “*amicus curiae*” (não intervindo com base num interesse concreto que tenham no litígio) e as audiências serão abertas ao público.

O acordo permite ainda a intervenção do Estado-Contratante que não seja parte no litígio (o Estado de origem do investimento)³⁶⁶ e a intervenção de terceiros, desde que seja uma pessoa, singular ou coletiva, que mantenha um interesse direto e atual no resultado do litígio. A intervenção tem de ser limitada ao apoio ao pedido, no todo ou em parte, de uma das partes em litígio. O tribunal pode ainda aceitar a submissão de “*amicus curiae briefs*”, por parte de Organizações Não Governamentais, representantes da sociedade civil e sindicatos. Tal decorria já dos artigos 1.º(5), 4.º e 5.º(1) e (2) das regras da UNCITRAL sobre transparência, não se verificando grande inovação quanto a este aspeto.

As partes dos acordos podem emitir interpretações vinculativas das normas do acordo, obrigando o tribunal a adotar essas mesmas interpretações, inclusivamente em processos pendentes, tendo em vista a remoção de erros de interpretação por parte de tribunal.

³⁶⁴ Neste sentido, ver também Freya Baetens, The European Union’s Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges, *in* Legal Issues of Economic Integration, 43, n.º 4, Kluwer Law International, Países Baixos, 2016, página 374.

³⁶⁵ Diferentemente, o artigo 21.15 do FTA celebrado com o Japão prevê um princípio de confidencialidade.

³⁶⁶ Vide o Artigo 8.38.º do Acordo CETA.

O acordo cria um processo rápido para rejeição de pedidos frívolos ou sem fundamento, com duração de algumas semanas, e institui pela primeira vez um princípio de que todos os custos do processo são imputados à parte perdedora do litígio, o que levará os investidores a considerar seriamente antes de proporem uma ação.

O acordo institui que os investidores não possam ter uma ação pendente num tribunal estadual para recorrerem aos mecanismos de resolução de litígios com investidores, de modo a evitar duplas compensações e decisões incoerentes sobre o mesmo diferendo, sendo que quando tal seja o caso, a mesma deve ser descontinuada³⁶⁷. Os investidores podem propor a ação nos tribunais estaduais e recorrer depois aos mecanismos de resolução de litígios com investidores. Nas palavras da Comissão Europeia “*The rationale of this approach is to encourage investors to primarily rely on domestic remedies thus minimizing the potential number of ISDS claims.*”³⁶⁸ Tal demonstra uma intenção clara de tornar acessórios os mecanismos específicos de resolução de litígios.

A nova abordagem adotada pela União Europeia quanto aos mecanismos de resolução de litígios com investidores, passa por isso pela tentativa de evitar procedimentos paralelos junto dos tribunais estaduais. O Acordo CETA enuncia nos parágrafos 1(f) e (g) do artigo 8.22.º que o investidor só pode apresentar um pedido se “*desistir do pedido ou da instância em curso num tribunal ou órgão jurisdicional ao abrigo do direito nacional ou internacional, que se refira a uma medida que alegadamente constitua uma infração que seja objeto do seu pedido*”, e se “*renunciar ao seu direito de apresentar um pedido ou instaurar um processo num tribunal ou órgão jurisdicional, ao abrigo do direito nacional ou internacional, que se refira a uma medida que alegadamente constitua uma infração que seja objeto do seu pedido*”. O problema dos processos paralelos e da litispendência é mais complexo no âmbito da arbitragem internacional do que na arbitragem doméstica, como nos diz Manuel Pereira Barrocas, pela “*inexistência de normas genericamente aplicáveis no sentido de conceder prioridade a uns procedimentos sobre os outros*”³⁶⁹. Em sede dos mecanismos de resolução de litígios com investidores tal é agravado pelo facto de o litígio poder ter por base uma convenção de arbitragem, acordos bilaterais de investimento, acordos multilaterais, e ainda, disposições internas que visem a proteção de

³⁶⁷ Acordo CETA, artigo 8.22(1)(f) e (g).

³⁶⁸ Vide a página 10 do *concept paper* da Comissão Europeia de maio de 2015, intitulado “*Investment in TTIP and beyond – the path for reform*”:

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

³⁶⁹ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2013, página 656.

investidores estrangeiros, ou contratos de Estado. Um investimento num Estado pode estar por isso sob a alçada de diversos acordos, levantando problemas de litispendência e de caso julgado. Tal verificou-se no Caso *CME Czech Republic, B.V. v. República Checa*, onde Ronald Laurer iniciou um procedimento arbitral contra a República Checa com base no acordo bilateral celebrado entre a República Checa e os Estados Unidos³⁷⁰, enquanto paralelamente a empresa holandesa controlada por si, fez o mesmo ao abrigo do acordo bilateral celebrado entre a República Checa e os Países Baixos³⁷¹, com base nos mesmos factos³⁷². Os tribunais emitiram decisões diversas, tendo dado origem a uma série de críticas aos acordos de investimento, por permitirem processos paralelos.

Também este aspeto nos parece vantajoso, apesar de a questão ter sido já abordada no âmbito do Caso *Orascom TMT Investments S.a.r.l. v. Algéria*³⁷³, onde o tribunal declarou um pedido como inadmissível e negou ter jurisdição, por estarem em causa litígios propostos por investidores inseridos numa cadeia vertical de empresas que beneficiavam de proteção ao abrigo de vários acordos de investimento, estando em causa aos olhos do tribunal uma utilização abusiva do sistema de proteção do investimento. Ao abrigo do sistema CIRDI, o artigo 26.º, nos termos da qual já se enuncia que o consentimento das partes em submeter o litígio à arbitragem implica a exclusão de outro mecanismo de resolução. A abordagem da União Europeia vem, no entanto, trazer mais eficácia à tentativa de evitar casos de litispendência e de caso julgado.

Adicionalmente, a Comissão Europeia vem instituir um princípio de que as custas do processo cabem à parte perdedora. De notar que, nos mecanismos específicos de

³⁷⁰ Caso *Ronald S. Lauder v. República Checa, UNCITRAL, Final Award*, 3 de setembro de 2001.

³⁷¹ Caso *CME Czech Republic, B.V. v. República Checa, UNCITRAL, Final Award*, 12 de março de 2003.

³⁷² De notar que, a questão foi levantada em ambos os casos, tendo os tribunais entendido que não se verificava uma coincidência de partes e de causas de pedir, dado que os tratados em que os pedidos se baseavam eram distintos, não se colocando por isso problemas de litispendência e de caso julgado.

³⁷³ Vide Caso *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/12/35, Final Award*, 31 de maio de 2017, parágrafos 542-545. Citando o parágrafo 542 da referida decisão: “*In particular, an investor who controls several entities in a vertical chain of companies may commit an abuse if it seeks to impugn the same host state measures and claims for the same harm at various levels of the chain in reliance on several investment treaties concluded by the host state.*”⁸³⁵ *It goes without saying that structuring an investment through several layers of corporate entities in different states is not illegitimate. Indeed, the structure may well pursue legitimate corporate, tax, or pre-dispute BIT nationality planning purposes. In the field of investment treaties, the existence of a vertical corporate chain and of treaty protection covering “indirect” investments implies that several entities in the chain may claim treaty protection, especially where a host state has entered into several investment treaties. In other words, several corporate entities in the chain may be in a position to bring an arbitration against the host state in relation to the same investment. This possibility, however, does not mean that the host state has accepted to be sued multiple times by various entities under the same control that are part of the vertical chain in relation to the same investment, the same measures and the same harm”.*

resolução de litígios com investidores, a regra é de que cabe ao tribunal arbitral decidir como deve ser feita a alocação dos custos do processo³⁷⁴. Tendo em conta os custos normalmente implicados, esta regra visa desencorajar pedidos infundados, dado que a resolução do litígio passar a assumir um risco financeiro expressivo. Uma das grandes críticas ao sistema de resolução de litígios com investidores, é o facto de apenas ser acessível as grandes multinacionais, e não a pequenas e médias empresas, que provavelmente são os investidores que mais precisam de meios específicos de defesa contra a arbitrariedade da ação do Estado recetor do investimento³⁷⁵. A arbitragem de investimento pode tornar-se mais custosa do que a resolução de litígios em sede dos tribunais estaduais, dado que as partes têm apenas de pagar uma taxa inicial de registo do processo e os honorários dos advogados, que tendencialmente são mais elevados em sede de arbitragem de investimento. Mas tendencialmente, e como salienta Freya Baetens³⁷⁶, a existência de várias instâncias pode tornar a arbitragem menos custosa do que a litigância em sede dos tribunais estaduais.

Pelos motivos apontados, esta regra acaba por não beneficiar os investidores, especialmente quando estejam em causa pequenas e médias empresas.

Salientamos que a União Europeia não é parte da Convenção CIRDI, sendo feitas várias remissões para a mesma por parte do Acordo CETA³⁷⁷, verificando-se o mesmo com a Convenção de Nova Iorque³⁷⁸. A aplicação de ambos estes acordos aos litígios que surjam ao abrigo desta nova geração de acordos internacionais não é esclarecida, dado que pelo artigo 25.º (1) da Convenção CIRDI, a jurisdição depende do facto de o demandado ser um Estado contratante da convenção, o que a União Europeia não é. Tal levanta alguns problemas, relacionados com a aplicação de normas da Convenção CIRDI que sejam incompatíveis, como é o caso do artigo 54.º da convenção, que veda que as sentenças CIRDI sejam objeto de recurso.

³⁷⁴ Vide o artigo 61.º(2) da Convenção CIRDI, o artigo 38.º(4) das Regras de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, o artigo 42.º(1) das regras da UNCITRAL, o artigo 28.º(4) das regras do Tribunal Internacional de Arbitragem de Londres e o artigo 49.º(6) das regras da Câmara de Comércio de Estocolmo.

³⁷⁵ No âmbito do sistema CIRDI, para calcular o custo aproximado da arbitragem para as partes consultar o simulador em:

<https://www.international-arbitration-attorney.com/icsid-arbitration-cost-calculator-2/>

³⁷⁶ Freya Baetens, The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges, in Legal Issues of Economic Integration, 43, no. 4, Kluwer Law International, Países Baixos, 2016, página 379.

³⁷⁷ Neste sentido, os artigos 8.23.º (2)(a), 8.23.º (7)(a), 8.25.º (2)(a) e 8.41.º(6) do Acordo CETA.

³⁷⁸ Ver os artigos 8.25.º (2)(b) e 8.41.º (5) do Acordo CETA.

Outro problema que surge é o da aplicação prática do regime de execução em Estados que não as partes do acordo, pois estes acordos não vinculam Estados que não sejam partes, dado que os acordos enunciam que as sentenças emitidas ao abrigo destes acordos de investimento se consideram conformes à Convenção de Nova Iorque e à Convenção CIRDI³⁷⁹.

Como vimos, as partes do CETA substituem o sistema *ad hoc* de arbitragem de investimento por organismos bilaterais de primeira e segunda instância. A Comissão Europeia mostrou querer ir mais além quando, em dezembro de 2016 submeteu a consulta pública a criação de um sistema multilateral de tribunais de investimento. O CETA inclui por isso, uma disposição que compromete as partes do acordo a futuramente configurarem um tribunal permanente multilateral de investimento (*vide* o artigo 8.29.º do Acordo CETA). De notar que não são definidos os termos no qual este deve ser configurado e por via de que processo, estando por isso em causa meras declarações de intenções. O tratado não refere também como deverão ser tratadas as diferentes disposições de vários acordos ao abrigo do qual o tribunal multilateral operará. Como nos refere Michele Potestà³⁸⁰, a criação de um sistema desta índole levanta assim muitos desafios: como assegurar que os processos não possam ser influenciados por fatores políticos, que tipo de sistema de segunda instância deve ser assegurado, se um sistema de anulação ou de apelação, a composição do tribunal, a execução das sentenças, etc.

Relativamente à criação de um tribunal multilateral de investimento, não são estabelecidos os termos no qual este sistema deve ser configurado. A questão central parece ser se o mesmo deve ter a natureza de um tribunal judicial ou de um tribunal arbitral. Tal terá consequências ao nível da execução das decisões, dado que o regime de execução das sentenças arbitrais é regulado em geral pela Convenção de Nova Iorque, enquanto que a execução de sentenças de tribunais internacionais depende do estatuto do próprio tribunal, como nos diz Michele Potestà³⁸¹.

A criação de um sistema multilateral parece, no entanto, muito difícil de concretizar dado

³⁷⁹ *Vide* o o Artigo 8.28.º (9), alínea (d) do Acordo CETA.

³⁸⁰ Michele Potestà, Chapter IV: Investment Arbitration, Challenges And Prospects For The Establishment Of A Multilateral Investment Court: Quo Vadis Enforcement?, *in* Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2018, 2018, página 160.

³⁸¹ Michele Potestà, Chapter IV: Investment Arbitration, Challenges And Prospects For The Establishment Of A Multilateral Investment Court: Quo Vadis Enforcement?, *in* Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2018, 2018, página 161.

que como vimos alguns dos mais importantes parceiros da União Europeia demonstraram desde logo a sua discordância, com base em argumentos baseados nos custos elevados que este sistema implicaria, na perda de soberania e a limitação do poder regulatório dos Estados. Como nos diz Stephan Balthasar³⁸², tal teria impacto na soberania dos Estados, e de momento os Estados Unidos da América parecem especialmente hostis ao multilateralismo.

O CETA estabelece um tribunal de primeira instância e um tribunal de segunda instância³⁸³, sendo os juízes selecionados de uma lista previamente elaborada. Os juízes estão sujeitos a certos requisitos (Artigo 8.27.º do Acordo CETA). Pelo Acordo CETA, o tribunal terá quinze membros, cada um com um mandato de cinco anos, renovável uma vez³⁸⁴. Os membros do tribunal serão agrupados pelo Presidente do tribunal, em grupos de três de modo a formar divisões, formadas por três árbitros de diferentes nacionalidades (um nacional de um Estado-Membro, um nacional do parceiro da União Europeia e um nacional de Estado Terceiro), que rodarão de forma aleatória³⁸⁵.

Os fundamentos do recurso são previstos nos artigos 8.28.º (2) do Acordo CETA: (a) erros na aplicação ou interpretação do direito aplicável; (b) erros manifestos na apreciação dos factos, incluindo a apreciação de Direito interno pertinente; (c) os fundamentos previstos nas alíneas (a) a (e) do artigo 52.º(1) da Convenção CIRDI, quando se situem fora das alíneas (a) e (b). A decisão do tribunal de apelação é final e vincula as partes nos mesmo termos do Artigo 54.º da Convenção CIRDI, excluindo a possibilidade de revisão da decisão nos Estados contratantes na fase de execução (Artigo 8.41.º do Acordo CETA). O sistema de recurso de apelação é no entanto mais rígido no caso do CETA do que no se verifica no projeto do TTIP, dado que, o recurso apenas é admitido após decisão favorável do comité³⁸⁶ (Artigo 8.28.º do Acordo CETA). Surge a questão se estes artigos englobam apenas sentenças finais, ou se abrangem também sentenças que decidam sobre

³⁸² Stephan Balthasar, Investment Protection in Europe: International Investment Treaties, the European Convention on Human Rights and the Need for Reform at EU Level, in Jörg Risse, Günter Pickrahn, et al. (eds), SchiedsVZ, German Arbitration Journal, Kluwer Law International, Volume 16 Issue 4, 2018, página 230.

³⁸³ Artigo 8.28.º do Acordo CETA. De notar que tal não se verifica com os outros três acordos.

³⁸⁴ Vide Acordo CETA, artigo 8.27.º (5).

³⁸⁵ Vide Acordo CETA, artigo 8.27.º (6) e (7).

³⁸⁶ Ambos os acordos prevêm a criação de um comité responsável por supervisionar questões relativas ao comércio e investimento entre as partes, e por implementar e aplicar os respetivos acordos, incluindo o funcionamento do tribunal de primeira instância e o tribunal de recurso.

a jurisdição do tribunal de forma positiva³⁸⁷. Também as alíneas (b) dos artigos em causa podem levantar dúvidas de interpretação, quando referem que os erros devem ser “manifestos”³⁸⁸.

A constituição do tribunal de recurso é feita pelo Comité, como se verifica com a constituição do comité de anulação *ad hoc* ao abrigo da Convenção CIRDI. Quanto a este ponto nenhuma duração de mandato é prevista pelo Acordo CETA para os membros do tribunal de recurso, enquanto que no segundo acordo os mandatos são de quatro anos, renováveis uma vez³⁸⁹. O número de membros fica a cargo do Comité em sede do Acordo CETA, o mesmo deverá ser constituído por seis membros³⁹⁰, que rodarão aleatoriamente em divisões de três³⁹¹.

A nova abordagem adotada pela União Europeia, é assim a da criação de um mecanismo de recurso, de modo a assegurar a consistência e a previsibilidade das decisões. Seguimos o entendimento de Piero Bernardini, quando nos diz que a consistência e previsibilidade das decisões não deve ser sobrevalorizada, dado que constitui um risco de qualquer sistema jurídico onde não vigore um princípio de precedente, e que tanto a argumentação das partes, como a fundamentação dos árbitros, tem normalmente por base decisões anteriores³⁹². Por outro lado, como refere o autor, o sistema de anulação de decisões do sistema CIRDI tem vindo a assegurar uma maior consistência das decisões³⁹³. De notar que a inconsistência é realçada quanto à interpretação de disposições substantivas dos

³⁸⁷ De notar que ao abrigo do artigo 52.º(1), alíneas (a) a (e) da Convenção CIRDI, a possibilidade de anulação apenas abrange sentenças ditas finais. O mesmo já não se verifica no âmbito das regras da UNCITRAL.

³⁸⁸ Também a redação do artigo 52.º da Convenção CIRDI se refere ao facto de os erros serem manifestos, o que tem sido interpretado pelo Comité de Anulação do CIRDI como erros que têm de ser óbvios e identificáveis sem necessidade de uma análise elaborada da sentença. Neste sentido, ver o Caso *Total S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/04/01, *Decision on Annulment*, 1 de fevereiro de 2016, parágrafo 173.

³⁸⁹ Vide Acordo CETA, artigo 8.27.º (3), (7)(a) a (g).

³⁹⁰ Vide Acordo CETA, artigo 8.28.º (7)(f).

³⁹¹ Vide Acordo CETA, artigo 8.28.º (5). Esta é também a lógica seguida no âmbito do sistema de resolução de litígios da OMC.

³⁹² Piero Bernardini, *The European Union's Investment Court System – A Critical Analysis*, in Matthias Scherer (ed), *ASA Bulletin*, Association Suisse de l'Arbitrage, Volume 35, Issue 4, Kluwer Law International, 2017, página 822. O autor invoca ainda que o sistema de anulação ao abrigo do CIRDI serve já este propósito, tendo contribuído para a previsibilidade das decisões.

³⁹³ Sobre o facto de o sistema de anulação do CIRDI ter sido concebido para litígios de origem contratual e não litígios que impliquem uma interpretação de tratados internacionais, resultando em alguma desadequação relativamente a este segundo tipo de litígios, vide Margie-Lys Jaime, *An appellate body in Treaty-Based Investment Arbitration: redefining the Investor-State Dispute Settlement Mechanism*, in *Revista del Club Español del Arbitraje*, Club Español del Arbitraje, Volume 2014, Issue 21, Wolters Kluwer, 2014, páginas 97-98 e página 100.

acordos de investimentos, dado que assumem formulações genéricas deixando assim uma margem de interpretação ampla aos árbitros. Tal é um problema de redação dos parâmetros substantivos dos acordos, e não um de existência de uma segunda instância, e a sua resolução passa pela formulação mais precisa destas normas, algo que foi conseguido nomeadamente no CETA³⁹⁴.

As seguintes considerações, que se prendem com a própria fundamentação dada pelas instituições europeias para a adoção desta abordagem inovadora, levam-nos a questionar a necessidade de criação de um verdadeiro sistema de recurso³⁹⁵, em vez de um sistema de similar configuração ao previsto pela Convenção CIRDI³⁹⁶.

Outro aspeto que visa assegurar uma maior consistência e previsibilidade das decisões, são as disposições referentes à interpretação dos acordos. Em primeiro lugar, o artigo 8.31.º(1) do Acordo CETA, enunciam que os tribunais criados ao abrigo dos acordos devem interpretar os mesmos de acordo com a CVDT e outras regras e princípios de direito internacional aplicáveis entre as partes³⁹⁷. Adicionalmente, o artigo 8.31.º (3) do CETA prevê a criação de um comité composto por representantes de ambas as partes do acordo, com poderes para emitir interpretações vinculativas sobre normas do acordo. Esta disposição consta apenas do Acordo CETA, e depende de estarem em causa preocupações sérias que uma questão interpretativa possa afetar o investimento.

³⁹⁴ Ver o Acordo CETA, artigo 8.12.º, referente à expropriação.

³⁹⁵ Propondo a criação de um sistema de recurso no âmbito do CIRDI de configuração similar ao proposto pela União Europeia nos recentes acordos, *vide* Margie-Lys Jaime, *An appellate body in Treaty-Based Investment Arbitration: redefining the Investor-State Dispute Settlement Mechanism*, in *Revista del Club Español del Arbitraje*, Club Español del Arbitraje, Volume 2014, Issue 21, Wolters Kluwer, 2014, página 100 e seguintes. A autora defende a criação de um tribunal permanente, como se verifica na OMC, defendendo ainda que os Estados-Contratantes devam ter o direito de propor candidatos a membros do tribunal, que serão escolhidos pelo Painel de Conciliadores, de modo a assegurar que o sistema se mantêm despolitizado. De notar que a proposta difere dos mecanismos em análise num ponto importante: destinando-se ao sistema CIRDI, têm em vista um tribunal multilateral, e não bilateral, como se verifica com o sistema europeu de tribunais de investimento no presente estado de coisas.

³⁹⁶ Como nos diz Mateus Carreteiro, “*while the ICSID ad hoc Committee is not an appeal body in the sense of this study, it does represent a leading example of an important internal review system. Like arbitral awards that may be annulled by national courts in extraordinary circumstances, the control mechanism envisioned by the ICSID Convention provides parties with the possibility of seeking the annulment of arbitral awards issued in disrespect of specific grounds under the ICSID Convention. The major difference is that the ICSID Convention provides for a self-contained and delocalized system. Indeed, the ICSID ad hoc Committee mechanism presents interesting aspects related to internal review of arbitral awards and will be further referenced in this article when appropriate.*”- Mateus Aimoré Carreteiro, *Appellate Arbitral Rules in International Commercial Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, Volume 33, Issue 2, Kluwer Law International, 2016, página 195.

³⁹⁷ Os acordos remetem assim para o já citado artigo 31.º da CVDT.

Pelos motivos apontados, somos da opinião que a necessidade de maior consistência e previsibilidade das decisões não é um problema exclusivo da litigância nos mecanismos específicos de resolução de litígios com investidores. Entendemos, no entanto, que a solução deve operar ao nível da concretização normativa dos parâmetros de proteção dos investidores.

No que toca à criação de um sistema de recurso, autores como Charles N. Bower, referem que tal põe em causa mais um elemento fundamental da arbitragem, considerando que a inovação em causa não tem utilidade³⁹⁸. Quanto a esta questão, não podemos seguir o entendimento espelhado pelo autor. A arbitragem de investimento não pode ser um fim em si mesma, deve ser defendida enquanto for um mecanismo de resolução de litígios com investidores eficaz e garantístico. A criação de uma instância de recurso deve ser objeto de crítica pelas suas consequências, e não pelo simples facto de estar a pôr em causa a resolução arbitral dos litígios com investidores. De notar que a finalidade da sentença não é apenas um dos traços fundamentais da resolução arbitral de litígios, sendo também a regra nos sistemas de resolução de litígios que tenham um Estado como parte.

A existência de um mecanismo de recurso traz de facto uma maior consistência às decisões, tornando a legitimidade das sentenças menos questionável. Por outro lado, esta é uma medida que beneficiará os investidores, dado que os Estados constituem a parte vencedora da maior parte das sentenças em sede do sistema CIRDI, como nos diz Barton Legum³⁹⁹.

Ao abrigo do Acordo CETA, a execução da sentença é regida pelo ordenamento jurídico do local onde se pretende que a mesma seja executada (Acordo CETA, artigo 8.41.º (4)). O artigo 8.41.º (5) do Acordo CETA, refere ainda o seguinte: “*Considera-se que uma sentença definitiva proferida nos termos da presente secção é uma sentença arbitral relativa a pedidos decorrentes de uma relação ou transação comercial para efeitos do artigo 1.º da Convenção de Nova Iorque*”. Mais uma vez os acordos remetem para convenções internacionais dos quais a União Europeia não é parte.

³⁹⁸ Charles N. Brower, Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration?, in Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Kluwer Law International, Volume 8, Issue 3, 2015, página 673.

³⁹⁹ Anna Joubin-Bret, Jean E. Kalicki, editado por, Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century, Nijhoff International Investment Law Series, Leiden, 2015, página 441.

Quanto ao direito aplicável ao mérito da causa, o tribunal deve aplicar as regras do acordo interpretadas de acordo com a CVDT e outras regras e princípios de Direito Internacional aplicáveis entre as partes contratantes, não sendo referidas as ordens jurídicas estaduais aplicáveis (artigo 8.31.º do Acordo CETA). Segundo o acordo, o tribunal não tem jurisdição para apreciar a conformidade do litígio com o Direito estadual, sendo que este apenas pode ser considerado como matéria de facto. Tomáš Fecák realça que o mesmo já não poderá assegurado quando a decisão deva ser executada num Estado terceiro, que não seja parte contratante⁴⁰⁰.

De notar que o Acordo CETA é, como vimos, um acordo misto, o que significa que o seu processo de ratificação tem também de passar pela aprovação dos parlamentos dos Estados-Membros⁴⁰¹. O Acordo CETA entrou em vigor provisoriamente a 21 de setembro de 2017, com exceção das disposições objeto do pedido de parecer da Bélgica ao TJUE. A 6 de setembro de 2017, a Bélgica solicitou um pedido de parecer ao TJUE sobre a compatibilidade do sistema de tribunais de investimento, com a competência exclusiva do TJUE para interpretar o Direito da União Europeia, com o princípio geral da igualdade de tratamento e a exigência de efetividade do direito da União e com o direito de acesso a um tribunal independente e imparcial⁴⁰². À data, o TJUE não emitiu ainda o parecer solicitado⁴⁰³, tendo já sido emitidas as conclusões do Advogado-Geral, Yves Bot⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ Tomáš Fecák, *International Investment Agreements and EU Law*, Kluwer Law International, 2016, página 306.

⁴⁰¹ O Canadá ratificou o Acordo CETA a 30 de outubro de 2016, com a sua assinatura.

⁴⁰² Ver o pedido de parecer em:

https://diplomatie.belgium.be/en/newsroom/news/2017/minister_reynders_submits_request_opinion_ceta

⁴⁰³ Consultar em:

<http://curia.europa.eu/juris/fiche.jsf?id=C%3B1%3B17%3BAVIS%3B1%3BP%3B1%3BC2017%2F0001%2FP%2F1&oqp=&for=&mat=or&lgrc=en&ige=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=C-1%252F17&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=en&avg=&cid=12059411>

⁴⁰⁴ Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, ECLI:EU:C:2019:72. Em resumo, Yves Bot entendeu que a jurisdição exclusiva do TJUE é conforme ao Acordo CETA, dado que os tribunais do CETA podem apenas considerar o Direito da União Europeia como matéria de facto e que apenas se podem pronunciar sobre violações do Acordo CETA, e não de Direito Europeu. Não aplicam por isso normas europeias e estão vinculados à interpretação dos tribunais domésticos sobre Direito Interno e do TJUE sobre normas europeias. Por outro lado, o advogado-geral entendeu que estes tribunais não têm poder para definir se o demandado é a União Europeia ou os Estados-Membros (neste sentido, o regulamento 912/2014), e que não tem jurisdição sobre litígios entre Estados-Membros, como outros tribunais internacionais (ver pareceres 1/09 e 2/13 do TJUE). O advogado-geral entendeu ainda que, estes tribunais não afetam a jurisdição dos tribunais estaduais, dado que a sua jurisdição é alternativa, e que as disposições do CETA não têm efeito direto e não podem por isso ser invocadas em sede dos tribunais estaduais (neste sentido, o artigo 30.6.º do Acordo CETA).

Geralmente o TJUE segue o entendimento dos advogados-gerais, embora tal não se tenha sempre verificado, como aconteceu no Caso *Achmea*.

As conclusões do Advogado-Geral são especialmente importantes quando declara que para garantir a proteção de investimentos estrangeiros é fundamental a existência de um mecanismo de resolução de litígios neutro. Independentemente de a ordem jurídica europeia conceder essa proteção aos investidores, é necessário acordar em mecanismos recíprocos, que protejam os investidores europeus quando atuem no Estado terceiro⁴⁰⁵. Relevantemente, o Advogado-Geral entende que a *ratio decidendi* adotada pelo tribunal no Caso *Achmea*, não é transponível para os acordos celebrados com Estados terceiros, dado que estava em causa um acordo celebrado entre Estados-Membros⁴⁰⁶.

Entrando em vigor, os referidos acordos substituem todos os acordos bilaterais de investimento celebrados entre Estados-Membros e o Canadá, Singapura, Vietname e Japão.

8.2.3. O Acordo TTIP

O Acordo TTIP é um acordo internacional que se encontra a ser negociado entre a União Europeia e os Estados Unidos da América. Em 2014 a Comissão Europeia levou uma série de propostas referentes às negociações do TTIP a consulta pública, incluindo os mecanismos de resolução de litígios. As diferenças face ao modelo tradicional da arbitragem de investimento colocaram-se ao nível da inclusão da opção entre os tribunais arbitrais e os tribunais judiciais, das regras sobre transparência da UNCITRAL (*Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*)⁴⁰⁷, da definição de

⁴⁰⁵ Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, parágrafos 86-87, ECLI:EU:C:2019:72.

⁴⁰⁶ Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, parágrafos 106-107, ECLI:EU:C:2019:72: “*Na nossa opinião, a solução acolhida pelo Tribunal de Justiça no seu Acórdão Achmea não pode ser transposta para a análise do SJI, pois as premissas que devem orientar o raciocínio são diferentes. De facto, já referimos que as relações entre Partes contratantes como, por um lado, a União e os seus Estados-Membros, e, por outro, o Canadá não assentam na confiança mútua, e essa é, de resto, a razão pela qual essas partes pretendem definir, numa base de reciprocidade, um padrão de proteção material e processual no acordo projetado.*”

⁴⁰⁷ A preocupação com a transparência não é apesar disso específica dos acordos celebrados pela União Europeia, devido ao facto de o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL ser frequentemente aplicado em sede da arbitragem de investimento, arbitragens CIRDI e *ad hoc* incluídas. Também o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e a Convenção CIRDI (artigo 32.º, n.º 2, artigo 48.º, n.º 5, e artigo 48.º, n.º 4) incluem disposições que demonstram alguma preocupação com a transparência, embora de forma mais mitigada em comparação com estes acordos.

mecanismos para evitar ações manifestamente infundadas e mais importante, da criação de uma instância de recurso⁴⁰⁸. Este aspeto relativo à criação de um mecanismo de recurso é altamente inovador, dado que, como vimos, tal não se verifica em sede de arbitragem de investimento, indo a proposta ao encontro do sistema de recursos da Organização Mundial do Comércio, um mecanismo que assume uma natureza judicial⁴⁰⁹.

Com o TTIP, a União Europeia introduziu no panorama da resolução de litígios com investidores, um sistema de configuração judicial de resolução de litígios. A proposta do Acordo TTIP prevê a possibilidade de aceder a um tribunal permanente passado o período de consultas de seis meses, sendo prevista a possibilidade de resolução amigável do conflito, antes ou depois do período de consultas, prevendo também o recurso à mediação por acordo das partes (Capítulo II, secção 3, artigo 2 e artigo 3.1-3.5). Este tribunal permanente seria composto por um corpo de juízes, distribuídos por duas instâncias, correspondendo a uma primeira instância e a uma instância de apelação, características que assumem uma natureza judicial.

Por sua vez, as regras que regem processualmente o litígio são as dos regulamentos arbitrais previstos, sendo estes o regulamento da Convenção CIRDI, as regras referentes ao Regras Sobre Facilidades Adicionais de 1978 do CIRDI, as regras da UNCITRAL ou quaisquer outras acordadas pelas partes (Capítulo II, secção 3, artigo 6.2.º). Este aspeto torna o sistema previsto pelo TTIP, um sistema de configuração algo híbrida nunca testado antes na prática, de natureza debatível. A proposta exige que os juízes tenham qualificações para ser juízes nos seus países de origem e ser juristas de reconhecido prestígio (Capítulo II, secção 3, artigo 9.4.º). O aspeto central das inovações trazidas pela proposta do Acordo TTIP prende-se com o facto de ao abrigo do artigo 9.2.º da secção 3 do capítulo II, os juízes serem designados conforme uma lista elaborada pelas partes do TTIP, escolha esta que é de certa forma subtraída às partes (dado que se verifica uma pré-seleção) e que choca com a arbitragem de investimento tradicional. Por outro lado, os motivos que permitem o recurso de apelação são amplos (capítulo II, secção 3, artigo

⁴⁰⁸ Sobre as críticas apresentadas em sede da consulta pública ver Ricardo do Nascimento Ferreira, A "judicialização" do sistema de ISDS no TTIP, *in* Revista internacional de arbitragem e conciliação, A. 8, nº especial (2015), Coimbra, 2015, páginas 114-115.

⁴⁰⁹ No sentido da reforma do sistema arbitral CIRDI dever passar pela criação de órgãos judiciais permanentes, ver o relatório de 2015 da *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD): http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf

29.1.º). As regras sobre transparência da UNCITRAL são aplicáveis por via do artigo 18.º da secção 3 do capítulo II.

Quanto ao Direito aplicável ao mérito da causa, são aplicáveis as regras do acordo interpretadas de acordo com a CVDT e outras regras e princípios de Direito Internacional aplicáveis entre as partes contratantes, não sendo referidas as ordens jurídicas estaduais aplicáveis (Capítulo II, secção 3, artigo 13.º (2)). Segundo o disposto no projeto do TTIP, o tribunal não tem jurisdição para apreciar a conformidade do litígio com o Direito estadual, sendo que este apenas pode ser considerado como matéria de facto (Capítulo II, secção 3, artigo 13.º(3)). Esta disposição pode afigurar-se como problemática por não mencionar qual o papel que deve ser dado ao Direito da União Europeia e qual a solução em caso de conflito. O projeto parece pressupor que tal não se afigura possível, tendo em conta que a União Europeia é uma das partes contratantes. Como vimos, o Direito da União Europeia é possivelmente aplicável como Direito estadual e como Direito internacional. Ao excluir a aplicação de uma ordem jurídica estadual, resta o título de aplicação como Direito Internacional. Apenas o tempo dirá qual a reação das instituições europeias se um conflito vier a surgir.

Com base no artigo 30.º da secção 3 do capítulo II, a decisão do tribunal de apelação é final e vincula as partes, sendo excluídas possibilidades de recurso, revisão ou anulação.

Referentemente ao Acordo TTIP, a pressão feita pela opinião pública levou o Parlamento Europeu a adotar uma resolução referente à negociação deste acordo, na qual o Parlamento considera que o sistema de resolução de litígios ISDS deve ser abandonado e substituído por um mecanismo mais democrático e transparente, e onde haja possibilidade de recurso, de modo a que interesses privados nunca possam prevalecer sobre interesses de ordem pública⁴¹⁰. No entanto, é muito mais eficiente do que a proteção diplomática, o mecanismo anterior utilizado tendo em vista a proteção dos investidores. Apenas uma minoria dos investidores celebra contratos diretamente com o Estado. e as arbitragens realizadas em consequência de nacionalizações nos anos 70 na área do petróleo, mostraram as dificuldades que uma relação de base contratual representa, sendo preferível uma fonte com força legal como acontece com os acordos internacionais.

⁴¹⁰ Resolução do Parlamento Europeu de 8 de Julho de 2015 que inclui as recomendações à Comissão Europeia sobre as negociações para o TTIP.

Este sistema proposto pelos acordos referidos, levanta questões quanto à relação do tribunal permanente com o Tribunal de Justiça da União Europeia, e não deixa de levantar problemas no que toca à previsão de um tribunal de segunda instância, que pode tornar os processos mais demorados. Podemos questionar também, como é possível a compatibilização da criação de um sistema de apelação com o disposto com os princípios arbitrais consagrados em normas como o Artigo 53.º (1) da Convenção CIRDI e o Artigo 34.º (2) das regras da UNCITRAL (corpos de regras que o projeto do TTIP refere, e permite a escolha pelas partes).

O futuro do TTIP é no entanto duvidoso, tendo em conta os últimos desenvolvimentos políticos nos Estados Unidos da América⁴¹¹.

8.2.4. Natureza Jurídica do Sistema Europeu de Tribunais de Investimento

Analisaremos agora a questão da natureza jurídica do sistema de tribunais de investimento europeu. Algumas das propostas na nova abordagem assumida pela União Europeia, vêm introduzir verdadeiras revoluções num sistema de resolução de litígios com investidores onde a arbitragem de investimento constituía o paradigma. Cumpre assim, tomar posição sobre se esta nova geração de acordos de investimento europeus prevê um sistema de resolução de litígios arbitral, para-arbitral, quási-judicial ou judicial em sentido estrito.

8.2.4.1. Natureza Não Arbitral do Sistema Europeu de Tribunais de Investimento

A dificuldade em tomar posição quanto a esta questão passa desde logo pelo facto de não existir nenhuma definição universalmente consensual de arbitragem⁴¹². Enunciando a

⁴¹¹ Vide o comunicado do Conselho da União Europeia de abril de 2019, em como as diretrizes de negociação do TTIP se tornaram obsoletas.

<https://www.consilium.europa.eu/media/39180/st06052-en19.pdf>

⁴¹² Não existe de igual forma um consenso face à sua natureza jurídica, discutindo-se as teses contratuais, jurisdicionais, mistas e autonomista, defendida entre nós por Manuel Barrocas. Sobre este tema ver Luís de Lima Pinheiro, Arbitragem Transnacional, Almedina, Coimbra, 2005 e Manuel Pereira Barrocas, Manual de Arbitragem, Almedina, Coimbra, 2013. De notar que a maioria da Doutrina tende para a adoção da teoria mista.

definição de Luís de Lima Pinheiro, a arbitragem é um “*modo de resolução jurisdicional de controvérsias em que a decisão é confiada a terceiros*”⁴¹³. No entanto, esta definição não nos permite distinguir a arbitragem da resolução por via dos tribunais judiciais de um Estado, pois também esta é uma resolução jurisdicional, por a decisão vincular as partes, e que tem também uma natureza adjudicatória, dado que o litígio é também decidido por terceiros⁴¹⁴.

Apesar das dificuldades que se prendem com a própria definição de arbitragem, como vimos *supra*, é possível no entanto, identificar uma série de elementos que tendencialmente permitem distinguir a arbitragem de outros meios de resolução de litígios: tem por base a submissão voluntária das partes⁴¹⁵; opera à margem do sistema judicial estadual, dado que o decisor é um privado, e não um funcionário do Estado; a decisão vincula as partes, dado que as partes tiveram de acordar na submissão do litígio à arbitragem; as partes participam na escolha dos árbitros⁴¹⁶.

O conceito de arbitragem parece remeter assim para todos os métodos de resolução de litígios, jurisdicionais e adjudicatórios, que operem à margem de tribunais judiciais, tornando-se os restantes elementos não fundamentais, mas ainda assim, relevantes.

O sistema de tribunais de investimento proposto pela União Europeia acaba por se afastar de todas estas características (ou pelo menos apresenta-as de uma forma reconfigurada e inovadora), com exceção do facto de o seu acesso depender de uma decisão voluntária das partes (consentimento que é dado pelos Estados previamente aquando da negociação

⁴¹³ Vide Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, Almedina, Coimbra, 2005, página 26. De igual forma, Mariana França Gouveia. - Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, Coimbra, 2014, página 119.

⁴¹⁴ António Menezes Cordeiro refere ainda que tecnicamente uma arbitragem necessária, que ocorra por imposição legal sem que se tenha verificado um acordo livremente celebrado, não é arbitragem. – António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, página 16.

⁴¹⁵ De notar que este elemento não é desde logo essencial com base na chamada arbitragem necessária, onde a submissão do litígio a este meio de resolução está dependente não da vontade das partes, mas de determinação legal. No nosso ordenamento jurídico, os artigos 38.º e 42.º e seguintes do Código das Expropriações constituem um exemplo de arbitragem necessária, no que toca à determinação do montante de indemnização em caso de expropriação. Este exemplo é especialmente interessante, tendo em conta que foram casos de expropriação que principalmente motivaram a criação de um sistema de resolução de litígios com investidores com base na arbitragem de investimento.

⁴¹⁶ Também este elemento não é absolutamente fundamental, dada a existência de casos em que tal não se verifica.

e celebração do acordo de investimento, e pelo investidor quando opta por propor o litígio⁴¹⁷) e da vinculação das partes à decisão.

Como é realçado por Ricardo do Nascimento Ferreira, ambos estes acordos denotam por isso um afastamento do modelo tradicional da arbitragem de investimento e uma aproximação a um sistema judicial⁴¹⁸. O sistema procura responder à crise de confiança nos mecanismos específicos de resolução de litígios com investidores, em especial a arbitragem de investimento⁴¹⁹. Mas na prática, a criação de um tribunal permanente pode resultar num maior controlo da União Europeia sobre a resolução destes litígios. As críticas comuns feitas à arbitragem de investimento passam como vimos, pela necessidade de maior transparência, independência e previsibilidade dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidor. Nas palavras de August Reinisch e Lukas Stifter, é vista por alguns como “*a secret parallel justice for big multinational corporations circumventing democratic legitimate domestic courts*”⁴²⁰.

Certos aspetos da abordagem da União Europeia aos mecanismos de resolução de litígios com investidores, não colidem com a sua natureza arbitral, como a imposição de um código de conduta aos árbitros, as regras sobre transparência, ou até a definição de conceitos substantivos como “*fair and equitable treatment*” e expropriação indireta, tendo em vista a redução da margem de interpretação dos membros do tribunal. As regras processuais aplicáveis à resolução do litígio também não levantam problema, dado que os acordos dispõem que as partes podem remeter para as regras CIRDI, para o Mecanismo Adicional CIRDI, para as regras da UNCITRAL, ou quaisquer outras que as partes acordem. O mesmo se pode dizer sobre a execução da sentença, dado que o artigo 8.41.º do Acordo CETA remete para a Convenção CIRDI e para a UNCITRAL, demonstrando uma vontade das partes de introduzir inovações no panorama dos mecanismos de resolução de litígios, sem modificar a forma como a execução das sentenças opera.

⁴¹⁷ De notar que os Estados apenas podem submeter litígios contra os investidores se os mesmos tiverem dado o seu consentimento para tal num contrato celebrado com o Estado. De outra forma, os investidores podem apenas assumir a figura do demandante.

⁴¹⁸ Ricardo do Nascimento Ferreira, A “judicialização” do sistema de ISDS no TTIP, *in* Revista internacional de arbitragem e conciliação, A. 8, nº especial (2015), Coimbra, 2015, páginas 122-123.

⁴¹⁹ Sobre as críticas à arbitragem de investimento e em sua defesa, ver Charles N. Brower, Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration?, *in* Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Kluwer Law International, Volume 8 Issue 3, 2015, páginas 653-686.

⁴²⁰ August Reinisch, Lukas Stifter, What about ISDS in EU Investment Agreements?, *in* Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Associação Portuguesa de Arbitragem, Volume 8, 2015, página 10.

Por outro lado, outros aspetos afastam-se da arbitragem de investimento e carecem por isso de uma análise cuidada, dado que podem obstar à caracterização dos tribunais de investimento europeus como tribunais arbitrais.

De notar que, em outubro de 2016, a União Europeia e o Canadá acordaram num instrumento comum interpretativo sobre o Acordo CETA, no qual foi declarado que *“CETA moves decisively away from the traditional approach of investment dispute resolution and establishes independent, impartial and permanent investment Tribunals, inspired by the principles of public judicial systems in the European Union and its Member States and Canada”*⁴²¹.

8.2.4.1.1. Mecanismo Privado de Resolução de Litígios

A arbitragem é um sistema privado de adjudicação, dado que o tribunal arbitral não pertence a um sistema judicial estadual, não tomando decisões em nome de nenhum Estado. Tal relaciona-se com o facto de a sua legitimidade partir do consentimento das partes. Os tribunais arbitrais também não são tribunais internacionais de Direito Internacional Público, como o Tribunal Internacional de Justiça, ou o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Como nos diz Menezes Cordeiro, a arbitragem distingue-se da composição judicial pelo facto de esta decorrer *“da lei, postulando uma decisão tomada por magistrados dotados de ius imperii, no âmbito de uma função do Estado; além disso, opera seja oficiosamente, seja mercê do exercício, por uma das partes, do direito potestativo de lançar mão de maquinismos judiciais (o direito à ação), sem necessidade de um prévio acordo nesse sentido”*⁴²².

A arbitragem é assim um mecanismo de resolução privado de litígios por os membros do tribunal serem privados, investidos de poder pelas partes do litígio e não titulares de cargos públicos, como sucede nos tribunais judiciais, onde o poder do juiz provém de norma legal e onde este é titular de um órgão de soberania.

⁴²¹ Consultar a declaração em: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/en/pdf>

⁴²² António Menezes Cordeiro, Tratado da Arbitragem, Almedina, Coimbra, 2016, página 16.

No que toca a esta questão, a arbitragem de investimento apresenta especificidades face à arbitragem comercial internacional, pelo facto de ter uma fonte internacional pública⁴²³ e pelo facto de o consentimento de uma das partes ser normalmente dado de forma muito específica e excecional⁴²⁴. Como vimos, os tribunais criados em sede da arbitragem de investimento são tribunais arbitrais internacionais, inserem-se no contexto do ordenamento jurídico de Direito Internacional Público, são criados geralmente por instrumentos de Direito Internacional Público e o Direito aplicável ao mérito da causa são normas de Direito Internacional Público, ou seja, as regras de proteção do investidor que são previstas num tratado internacional. Estas considerações, valem igualmente para os mecanismos previstos nesta nova geração de acordos de investimento celebrados pela União Europeia. Nesse sentido não estamos perante um mecanismo de resolução de litígios privado, porque se insere num contexto de Direito Público e é criado por entidades públicas soberanas. É o facto de estes litígios oporem um Estado soberano e um ente privado, que justifica que se recorra a uma instância internacional nos mesmos termos que se verifica com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: o plano interno não dá garantias suficientes.

Estamos perante tribunais similares ao Tribunal Internacional de Justiça. O TIJ apresenta uma configuração judicial relativamente ao facto de ser uma instituição permanente, cujos tribunais são compostos por membros escolhidos com base em regras pré-determinadas (e não pelas partes), e cujo estatuto não é da autoria das partes do litígio⁴²⁵. Estes elementos são partilhados pelos mecanismos de resolução de litígios em análise.

Torna-se relevante ainda abordar a questão de, qual a fonte de poder para o estabelecimento destes mecanismos: se o consentimento enquanto partes potenciais de um hipotético litígio (como se verifica na arbitragem); ou se o poder soberano de administrar a Justiça no seu território.⁴²⁶ A resposta leva-nos a diferentes consequências

⁴²³ Citando António Menezes Cordeiro, “*O facto de dispor de uma natureza internacional pública não lhe retira a sua natureza essencialmente privada: ou não seria arbitragem.*” - António Menezes Cordeiro, Tratado da Arbitragem, Almedina, Coimbra, 2016, página 57.

⁴²⁴ Como nos dizem, Nigel Blackaby, Martin Hunter, Constantine Partasides e Alan Redfern, os acordos bilaterais de investimento, incluem uma “*standing offer*” que pode ser aproveitada pela outra parte. - Nigel Blackaby, Martin Hunter, Constantine Partasides, Alan Redfern, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, Londres, 2004, página 6.

⁴²⁵ Vide Mary Ellen O’Connell, International Dispute Settlement, Asgate Publishing, 2003, página 138.

⁴²⁶ Quanto a esta questão Hazel Fox defende que qualquer arbitragem implica dois elementos: o elemento consensual que parte da autonomia das partes e do poder estadual, de assegurar que o enquadramento legislativo é cumprido. De notar que a autora considera que, toda a resolução de litígios que envolve Estados soberanos tem uma base arbitral, dado que “*There is not today and never has been any general method of*

dado que estando em causa o primeiro, o consentimento do Estado é dado nos termos em que uma parte privada celebra um compromisso arbitral; já o segundo consiste num poder soberano. Podemos aqui concluir que o Estado exerce ambos esses poderes quando configura mecanismos de resolução de litígios no qual ele será também parte, dado que os efeitos se dão na sua esfera jurídica (ao consentir previamente à resolução arbitral de possíveis litígios que venham a surgir) e na esfera jurídica dos seus nacionais (que veem ser constituído na sua esfera jurídica um direito a aceder a estes mecanismos, se assim o entenderem). Tal não nos leva a concluir que estes mecanismos têm uma natureza arbitral, dado que se assim fosse teríamos que concluir que todos os tribunais estaduais são arbitrais, pois são criados e regulados pela pessoa coletiva Estado, que pode constituir parte em litígios que aí sejam resolvidos. O critério não pode por esse motivo, ser esse.

No nosso entendimento, apesar de ambos se encontrarem presentes, verifica-se uma prevalência para o segundo, pois a criação destes mecanismos é em primeiro lugar, feita de forma unilateral (no sentido em que as futuras partes do litígio participam na sua elaboração nos termos que participam na elaboração de legislação, por via do sistema democrático) e com um efeito geral e abstrato, quando cria o direito para todos os cidadãos dos Estados Contratantes de aceder a mecanismos específicos de resolução de litígios de investimento, exercendo um poder soberano. Mais importante, verifica-se que a criação deste direito é feita pelo Estado para os seus nacionais, em litígios que irão ter como parte, não o Estado do qual têm nacionalidade, mas um Estado estrangeiro, pois estão em causa litígios com investidores estrangeiros. Com base neste argumento podemos invocar que a análise deste elemento tende para a caracterização destes mecanismos como não arbitrais.

8.2.4.1.2. A Designação dos Juízes

Em primeiro lugar, o processo de seleção dos membros do tribunal introduz uma verdadeira revolução na arbitragem de investimento. Cumpre assinalar que ambos os acordos, tanto o CETA como o projeto do TTIP, não referem o termo “*árbitros*”, optando

compulsory adjudication at the international level” e, referindo-se ao TIJ, “*As is well known the jurisdiction of that Court was and still is dependent on the consent of the parties*”. - Mary Ellen O’ Connell, International Dispute Settlement, Asgate Publishing, 2003, página 137.

por utilizar a terminologia de “*membros do tribunal*”, contrariamente ao que se verifica com os FTA celebrados com o Japão, Singapura e o Vietname.

Um dos pilares da arbitragem consiste na possibilidade de as partes escolherem os árbitros, uma norma que consta da Convenção CIRDI e das leis nacionais sobre arbitragem, e que demonstra como as partes têm mais autonomia sobre o processo de resolução do litígio. A posição assumida pela União Europeia quanto a esta questão, de que as partes apenas possam escolher árbitros de uma lista pré-concebida pelas partes do acordo, vem pôr em causa o princípio de autonomia das partes, essencial na arbitragem. Como vimos, os argumentos prendem-se com o facto de o investimento estrangeiro afetar o interesse público, e com o facto de os árbitros, por serem escolhidos pelas partes, não serem independentes e imparciais, dado que são remunerados pela parte que os nomeou⁴²⁷.

Como nos diz Manuel Barrocas, “(q)uer o juiz quer o árbitro têm uma função análoga: resolver litígios”, embora exerçam a sua função de forma distinta, dado que “o juiz administra a justiça em nome do povo. O árbitro administra justiça em nome das partes”, e que mais importante, “a fonte do poder do juiz é a soberania do Estado, enquanto a do árbitro é a vontade das partes”⁴²⁸. A arbitragem de investimento já de si é uma arbitragem de configuração muito específica, tendo por base o consentimento de Estados Soberanos, prestado previamente em acordos internacionais. O investidor não participa assim no acordo, o seu consentimento é só dado no momento em que decide propor o litígio, ao exercer um direito que lhe assiste por decisão do poder político.

Salientamos que o Acordo CETA não faz referência a “*árbitros*”, mas a “*membros do tribunal*”, enquanto o TTIP se refere já a “*juízes*” e o FTA celebrado com o Vietname refere “*árbitros*”, o que indicia diferenças de configuração nos mecanismos de resolução de litígios por parte da União Europeia. Como referimos, os tribunais de primeira instância ao abrigo do Acordo CETA serão compostos por quinze juízes, agrupados em três (um nacional europeu, um nacional de um Estado terceiro e um nacional do parceiro europeu), que rodarão de forma aleatória. Tal veio romper com as práticas de nomeação de árbitros em sede de mecanismos específicos de resolução de litígios com

⁴²⁷ Sobre esta discussão ver Anna Joubin-Bret, Jean E. Kalicki, editado por, Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century, Nijhoff International Investment Law Series, Leiden, 2015, página 408 e seguintes.

⁴²⁸ Manuel Pereira Barrocas, Manual de Arbitragem, Almedina, Coimbra, 2013, página 274.

investidores⁴²⁹, com exceção da nomeação dos membros do Comité *ad hoc* ao abrigo do sistema CIRDI, que são escolhidos pelo Presidente do painel do CIRDI.

Quanto a este ponto, cumpre referir também o *Iran-U.S. Claims Tribunal*, um tribunal onde a designação dos juizes opera de forma similar à proposta pela União Europeia nesta nova geração de acordos de investimento. O tribunal foi criado por acordo internacional e tem jurisdição sobre litígios envolvendo indivíduos, empresas e Estados. Os membros do tribunal são escolhidos pelos dois Estados contratantes, e as regras processuais baseiam-se nas regras da UNCITRAL, com algumas alterações. De notar que as partes claramente declararam a natureza do tribunal enquanto tribunal internacional de arbitragem⁴³⁰. Apesar deste facto, a natureza desta entidade não é pacífica⁴³¹.

Michele Potestà, pronunciando-se sobre a natureza de um tribunal de investimento multilateral, refere que conceptualmente a arbitragem pode subsistir sem a nomeação dos árbitros pelas partes do litígio. No entendimento da autora, o tribunal de investimento multilateral poderá ter uma natureza arbitral desde que o acesso a esta dependa de um

⁴²⁹ Como nos diz Elsa Sardinha, “*The constitution of the Tribunal under these treaties is quite different from that provided for by the ICSID regime. By way of illustration, under ICSID, each Contracting State has the right to designate four individuals to the Panel of Arbitrators, who may, but need not be, its nationals; and the Administrative Council’s Chairman is required to designate 10 persons, each of a diferente nationality, to the Panel. The disputing parties under ICSID have the right to appoint arbitrators from outside the Panel of Arbitrators, but if the President of the Administrative Council has to appoint one or more arbitrators to a tribunal, that person must be selected from the Panel of Arbitrators. With respect to the nationality requirements for arbitrators, the ICSID Convention contemplates a limited role for nationals of the Contracting State party to the dispute and the Contracting State whose national is a party to the arbitration, providing that the majority of the arbitrators must not be nationals of the Contracting State party or investor’s State. The ICSID Convention further provides that the nationality restrictions do not apply if each member is appointed by agreement of the disputing parties. CETA and the EU–Vietnam FTA do not similarly seek to restrict the nationality of Tribunal Members.*” – Elsa Sardinha, *The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU–Vietnam Free Trade Agreement*, in *ICSID Review*, Vol. 32, No. 3 2017, página 636. No sistema CIRDI, existe assim uma preocupação com a imparcialidade dos árbitros e que os mesmos não sejam nacionais dos Estados em litígio, contrariamente aos novos acordos de investimento celebrados pela União Europeia.

⁴³⁰ Michele Potestà assinala que apesar da forma como opera a composição do tribunal, a sua natureza arbitral não foi até aqui contestada com base nesse argumento. – *Vide* Michele Potestà, Chapter IV: *Investment Arbitration, Challenges And Prospects For The Establishment Of A Multilateral Investment Court: Quo Vadis Enforcement?*, in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Volume 2018, 2018, páginas 166-167. A autora refere ainda outros tribunais arbitrais em que as partes não intervêm na escolha dos árbitros, nomeadamente em sede de arbitragens desportivas.

⁴³¹ Sobre este assunto *vide* Mary Ellen O’Connell, *International Dispute Settlement*, Asgate Publishing, 2003, página 187 e seguintes.

acordo entre o Estado e o investidor, dado que esse consentimento abrange o método de seleção previsto no instrumento, independentemente da forma de escolha dos árbitros⁴³².

Também no nosso entendimento, este elemento pode apresentar-se como não fundamental para a tomada de posição sobre a natureza jurídica dos mecanismos de resolução de litígios com investidores previstos, nesta nova geração de acordos de investimento celebrados pela União Europeia. Invocando um exemplo dado por Mariana França Gouveia que se verifica em alguns centros de arbitragem de consumo, é concebível um centro de arbitragem institucionalizado onde exista apenas um único árbitro, responsável por julgar todos os litígios⁴³³. Salientamos ainda assim que os litígios com investidores diferem dos exemplos em que a não designação dos árbitros pelas partes não obsta à natureza arbitral do meio de resolução de litígios, dado que nos exemplos apontados, ou ambas as partes contribuem para a escolha do árbitro, ou nenhuma contribui. No caso em análise uma das partes contribuiu (o Estado, ainda que por intermediação da União Europeia), mas não a outra (o investidor). A questão da forma como opera a remuneração dos mesmos levanta por sua vez também algumas questões de imparcialidade.

A forma de designação contribui para o entendimento de que não estamos perante mecanismos arbitrais, dado que os membros do tribunal são escolhidos pelos Estados, com base em critérios normativos estabelecidos nos acordos de investimento, tendo ainda uma margem de escolha. A sua nomeação tem por base um poder de *ius imperii* e não uma decisão que possa ser tomada num contexto privado por um Estado soberano, até porque o ente privado, o investidor, não dispõe dessa opção. O poder de administração da Justiça é um monopólio que pertence primariamente ao Estado e que é exercido através de órgãos de soberania. O papel estadual na arbitragem é o de supervisionar e criar um quadro regulatório que permita a salvaguarda dos direitos dos seus cidadãos e do interesse público no que toca à administração da Justiça, que efetivamente é o que visam assegurar estes acordos. Como salientam Charles Brower e Stephan Schill, a legitimidade da arbitragem de investimento assenta em grande parte no facto de as partes designarem os árbitros, dado que tal assegura que o processo não é externo às partes, mas um modo

⁴³² Michele Potestà, Chapter IV: Investment Arbitration, Challenges And Prospects For The Establishment Of A Multilateral Investment Court: Quo Vadis Enforcement?, in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2018, 2018, página 168.

⁴³³ Mariana França Gouveia, Curso de Resolução Alternativa de Litígios, Almedina, Coimbra, 2014, página 194.

legítimo de resolução de litígios⁴³⁴. No novo sistema europeu de tribunais de investimento, a legitimidade não advém da escolha das partes, já que o investidor não escolhe os membros do tribunal nem contribui para as regras de escolha dos mesmos.

Desta forma, não é a não designação dos membros do tribunal pelas partes que choca com a natureza arbitral destes mecanismos de resolução de litígios, mas o facto de uma das partes ter participado na mesma (ainda que através de uma lista pré-elaborada do qual são retirados nomes de forma rotativa) e a outra não.

8.2.4.1.3. O Sistema de Recurso

Em sede da arbitragem internacional é extremamente rara a previsão de um sistema de recurso⁴³⁵ que permita a reapreciação do mérito da causa da sentença arbitral⁴³⁶.

Quanto à criação de um sistema de recurso, tanto o Acordo CETA como o Acordo TTIP, prevêm a possibilidade de criação de um tribunal permanente de recurso para as decisões emitidas pelo tribunal de primeira instância, seleccionados nos mesmos termos do tribunal de primeira instância.

A nova abordagem da União Europeia vai muito além do artigo 52.º da Convenção CIRDI e da Lei Modelo da UNCITRAL, incluindo os casos em que o tribunal tenha errado na interpretação e aplicação do Direito, na apreciação dos factos ou de Direito Interno relevante, ao abrigo do artigo 29.º. O tribunal de segunda instância tem poder para alterar

⁴³⁴ Anna Joubin-Bret, Jean E. Kalicki, editado por, *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, Nijhoff International Investment Law Series, Leiden, 2015, página 421.

⁴³⁵ Sobre a inexistência de um fundamento uniforme para os sistemas de recurso entre os vários ordenamentos jurídicos estaduais *vide* Mateus Aimoré Carreteiro, *Appellate Arbitral Rules in International Commercial Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, Volume 33, Issue 2, Kluwer Law International, 2016, página 90.

⁴³⁶ “*Only under exceptional circumstances may parties seek to annul an arbitral award. The grounds are narrowly defined and generally related to matters such as bias, lack of capacity of the parties, excess of authority, gross procedural irregularity, and violation of public policy; judicial review of substantive decisions is generally deferential. This model of limited and exceptional control of arbitral awards by national courts is deemed as one of the main reasons for arbitration’s success. Following the same pattern, appeals against arbitral awards before judicial courts of appeals are inadmissible for the mere reason that a prior arbitral proceeding would be fruitless if national courts were to determine the outcome of a dispute through an appeal process. Such appeals would be “costly and time-consuming two-tiered proceedings that begin with private procedures but give way to public do-overs.” Moreover, they would directly oppose the parties’ initial desire for neutrality.*” - Mateus Aimoré Carreteiro, *Appellate Arbitral Rules in International Commercial Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, Volume 33, Issue 2, Kluwer Law International, 2016, página 186.

sentenças, daí que seja um verdadeiro sistema de apelação, e não um sistema de anulação da totalidade ou de parte de uma sentença, como é previsto pela Convenção CIRDI⁴³⁷.

Tal contrasta de forma muito acentuada com os processos de revisão extremamente limitados das decisões arbitrais previstos pelas regras arbitrais da Convenção CIRDI, da UNCITRAL, etc. Existem ainda assim, exemplos de regimes jurídicos que preveem mecanismos internos de recurso de sentenças, como é o caso do artigo 28.º das regras de arbitragem do Tribunal Europeu de Arbitragem ou das regras de arbitragem da Associação Americana de Arbitragem (*vide as Optional Appellate Arbitration Rules*). De notar que relativamente ao artigo 34.º da Lei Modelo da UNCITRAL sobre o recurso de sentenças arbitrais, a nota explicativa emitida no seguimento da alteração de 2006 à lei modelo enuncia o seguinte: “*Article 34 is limited to action before a court (i.e., an organ of the judicial system of a State). However, a party is not precluded from appealing to an arbitral tribunal of second instance if the parties have agreed on such a possibility (as is common in certain commodity trades)*”⁴³⁸. De notar que as regras do Tribunal Europeu de Arbitragem (ECA), em especial o artigo 28.1, enuncia que “*unless expressly excluded by agreement of the parties, the Award is subject to the right of appeal to an Appellate Arbitral Tribunal by way of rehearing*”, dispondo que em regra a sentença arbitral será recorrível.

A existência de uma instância de recurso não tem por isso necessariamente como consequência a descaracterização do mecanismo de resolução de litígios como arbitragem⁴³⁹, dado que é o facto de a jurisdição ser voluntária que a torna fundamental.

⁴³⁷ Verifica-se que em 2004 foi lançado ao abrigo do sistema CIRDI uma proposta de criação de um sistema de recurso em termos similares ao do adotado em sede da OMC. Uma das diferenças importantes é o facto de a proposta passar pela criação de um tribunal *ad hoc*, em vez de um tribunal permanente. - Sobre esta questão *vide* Jorge A. Huerta-Goldman, Antoine Ramanetti, Franz X. Stirnimann, editado por, WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration, Wolters Kluwer, Global Trade Law Series, 2013, páginas 327 a 353.

⁴³⁸ Para consultar outros exemplos de mecanismos de recurso em sede de arbitragem comercial internacional, consultar Mateus Aimoré Carreiro, Appellate Arbitral Rules in International Commercial Arbitration, *in* Journal of International Arbitration, Volume 33, Issue 2, Kluwer Law International, 2016. De notar que nos exemplos assinalados pelo autor, a escolha dos árbitros do segundo grau de jurisdição cabe em primeiro lugar às partes, e só depois ao centro institucional e caso de ausência de acordo. A exceção são as regras ECA onde a escolha cabe primeiramente ao centro de arbitragem. É de salientar que estas normas estão pensadas para a arbitragem comercial internacional e não para a arbitragem de investimento. Ao contrário do que se verifica assim na arbitragem comercial internacional, as partes estão em posição de igualdade quanto a esta matéria.

⁴³⁹ Neste sentido também Michele Potestà, Chapter IV: Investment Arbitration, Challenges And Prospects For The Establishment Of A Multilateral Investment Court: Quo Vadis Enforcement?, *in* Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2018, 2018, página 178.

Ambas as partes dão o seu consentimento para a submissão do litígio, tendo o Estado demonstrado o seu através da celebração de um acordo internacional (ainda que por via da delegação de competências na União Europeia operada pelo Tratado de Lisboa), e o investidor demonstrado o seu através do impulso processual. Tal vigora no que toca à apreciação do litígio em sede da primeira instância, sendo que no nosso entendimento, a questão difere relativamente ao recurso da decisão.

Suponhamos o caso de uma sentença que é emitida ao abrigo desta nova geração de acordos de investimento celebrados pela União Europeia, e cujo sentido é favorável ao Estado parte do litígio. Ao Estado, enquanto parte perdedora, assiste um direito de recurso, que pode exercer sem o acordo do investidor; dado que à parte vencedora não é atribuído um direito de bloquear o recurso da sentença que lhe é favorável, sob pena de esvaziamento desse mesmo direito ao recurso. Fora dos casos em que o investidor e o Estado demandado tenham especificamente celebrado uma convenção arbitral na qual se preveja expressamente o consentimento para o acesso a uma instância de recurso, o investidor apenas terá demonstrado esse acordo por via do impulso processual em sede da primeira instância. Ao abrigo do novo sistema europeu de resolução de litígios com investidores, a propositura da ação em primeira instância, implica assim um consentimento tácito de aceitação de um duplo grau de jurisdição do tribunal, o que colide fortemente com a arbitragem, com os seus fins e razão de existência. Referimos que, a recorribilidade das sentenças arbitrais não colide necessariamente com a natureza arbitral do meio de resolução, não apenas pelo princípio da disponibilidade nos casos em que as partes possam renunciar ao recurso, sendo que a recorribilidade⁴⁴⁰ das sentenças arbitrais

⁴⁴⁰ Luís Carvalho Fernandes refere que vigora no ordenamento jurídico português um princípio de recorribilidade das sentenças arbitrais no âmbito da então em vigor Lei 31/86, cujos artigos 26.º e 29.º, n.º 1 previam uma equiparação das sentenças arbitrais às sentenças judiciais em matéria de recurso, no silêncio das partes quanto a esta matéria. O autor distingue depois entre renúncia expressa e renúncia tácita, através da estipulação de que os árbitros possam decidir conforme a equidade. – Luís Carvalho Fernandes, *Dos recursos em processo arbitral*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003. De notar que a nova Lei da Arbitragem Voluntária, a Lei 63/2011 de 14 de dezembro, inverteu este princípio, instituindo um princípio de irrecorribilidade das sentenças arbitrais no n.º 4 do artigo 39.º, segundo o qual, a sentença que conheça do mérito da causa ou que simplesmente ponha fim ao processo, é irrecorrível para os tribunais estaduais exceto se as partes assim o acordarem expressamente na convenção de arbitragem. O n.º 4 do referido artigo finda enunciando que uma sentença é sempre irrecorrível quando as partes tenham optado pela equidade ou por composição amigável. Como nos diz António Menezes Cordeiro, a lei procurou acompanhar a Lei-Modelo da UNCITRAL, que como vimos têm vista as arbitragens internacionais. - António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2016, página 378. Quanto à arbitragem internacional, o artigo 53.º enuncia que as sentenças são irrecorríveis, exceto se as partes tiverem acordado expressamente na possibilidade de recurso para outro tribunal arbitral e, regulado os seus termos.

vigora em diversos ordenamentos jurídicos⁴⁴¹. Inclusivamente em sede da arbitragem internacional, alguns regulamentos institucionais abordam a criação de instâncias de recurso, como o artigo 33.º do Regulamento de Arbitragem da CCI.

A questão não se coloca nos mesmos termos em sede dos litígios de investimento ao abrigo deste novo quadro normativo, dado que nestes casos, não só o investidor não contribuiu de todo para a designação dos membros do tribunal, como não tem qualquer controlo sobre se o litígio salta para um segundo grau de jurisdição, operando tal independentemente da sua vontade. Como nos diz Eun Young Park, relativamente à criação de um segundo grau de jurisdição em sede de arbitragem, *“in order to not violate the original purpose of relying on arbitral proceedings, the system must be devised so as to ensure party autonomy, timeliness and cost-effectiveness are respected to the greatest extent possible”*⁴⁴².

Não procuramos ainda pronunciar-nos sobre se a criação de um sistema de recurso é desejável em sede de arbitragem de investimento, dado que a mesma joga com o interesse público de uma forma que a arbitragem comercial internacional não joga.

No nosso entendimento, devido a este aspeto não podemos concluir que os mecanismos que analisamos têm uma natureza arbitral ou sequer para-arbitral. Como referimos, em sede de arbitragem, a jurisdição do tribunal e a legitimidade do poder dos árbitros advêm primariamente das partes enquanto mecanismo jurisdicional privado, e não da inclusão num sistema jurisdicional legitimado pela inclusão na máquina do Estado⁴⁴³. O direito a um duplo grau de jurisdição tem origem no direito à tutela jurisdicional, mas a sua não

⁴⁴¹ Luís de Lima Pinheiro, Arbitragem Transnacional: A determinação do estatuto da arbitragem, Almedina, Coimbra, 2005, páginas 166-171. Como refere o autor: *“É correntemente afirmado que os principais sistemas não admitem um controlo de mérito da decisão arbitral pelo tribunal estadual (i.e., um controlo da determinação, interpretação e aplicação do Direito na decisão do fundo da causa). Esta afirmação não é inteiramente correta: além dos casos em que se admite o recurso da decisão arbitral, oportunamente assinalados, acabamos de ver que o sistema francês admite um controlo limitado do Direito aplicado pelos árbitros e o mesmo se verifica nos Direitos italianos e dos EUA (pelo menos relativamente à arbitragem interna).”* - Luís de Lima Pinheiro, Arbitragem Transnacional: A determinação do estatuto da arbitragem, Almedina, Coimbra, 2005, páginas 170-171, em especial.

⁴⁴² Anna Joubin-Bret, Jean E. Kalicki, editado por, Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century, Nijhoff International Investment Law Series, Leiden, 2015, página 454.

⁴⁴³ Relativamente ao recurso em sede do processo civil, Rui Pinto define a instância processual como *“uma relação jurídica complexa de direito público de natureza processual, entre o tribunal e cada uma das partes e destas entre si”*, em que esta relação se concretiza *“num procedimento-padrão de atos processuais”*. O autor salienta ainda que ao abrigo do nosso Código de Processo Civil, os recursos não são ações a título principal, mas incidentes declarativos procedimentais autónomos. – Rui Pinto, O Recurso Civil. Uma Teoria Geral, AAFDL, Lisboa, 2017, páginas 106-107 e página 111.

efetivação em sede da arbitragem é desde logo um dos seus traços distintivos, o chamado princípio da irrecorribilidade das sentenças arbitrais, que a configura como uma verdadeira alternativa aos tribunais judiciais, exceto se as partes assim acordarem⁴⁴⁴.

8.2.4.1.4. Posição Adotada

A tarefa de categorizar estes mecanismos de resolução de litígios com investidores, torna-se verdadeiramente difícil pelo simples facto de os Estados Contratantes terem procurado criar uma nova configuração de resolução de litígios, que não se enquadra nem na arbitragem, nem num sistema judicial⁴⁴⁵. Procurámos exercer um raciocínio analógico, procurando identificar os principais traços dos mecanismos arbitrais nos que meio integram a nova abordagem adotada pela União Europeia e concluímos que pelos motivos expostos os mesmos não apresentam uma configuração arbitral.

Adicionalmente, cumpre referir o elemento da intenção das partes, dado que estamos perante dúvidas de interpretação relativamente a acordos internacionais, ao qual o artigo 31.º da CVDT é aplicável. A intenção das partes de se afastar de um mecanismo arbitral de resolução de litígios parece-nos clara, sendo até assumida, em especial pela ausência de menções a conceitos como árbitro, e a declaração expressa no sentido de aproximar estes novos mecanismos de um sistema judicial de resolução de litígios. Por outro lado, as partes contratantes não deixaram de permitir às partes, a escolha das regras processuais aplicáveis.

A questão que nos cumpre agora abordar, é a de se estes mecanismos de resolução de litígios constituem ainda mecanismos judiciais de resolução de litígios, nomeadamente tendo em conta a relação que se estabelece entre os mesmos e o TJUE e os tribunais

⁴⁴⁴ Como nos diz Rowan Platt, “*If parties happen to be of the view that ‘judicial review on the merits is a manifestation of distrust of arbitral justice, suspected of incompetence and partiality’, they are free to exclude any right of appeal to the courts. Equally, if parties happen to be of the view that they should have ‘a fundamental right to a second shot if the first shot misfired’, or if they simply desire a correct decision more than they do speed and finality, they are free to agree on an internal appeal mechanism of their choosing. Party autonomy, in both cases, should prevail. Concerns that appeal mechanisms degrade the principle of finality, and strike ‘at the heart of the very concept of the arbitral process’, are therefore misplaced. So long as parties agree to prioritize correctness or fairness over finality, this accords with the spirit of arbitration.*” – Rowan Platt, *The Appeal of Appeal Mechanisms in International Arbitration: Fairness over Finality?*, in *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2013, página 560.

⁴⁴⁵ Alertando para esta dificuldade, embora referindo-se ao *Iran-US Claims Tribunal*, vide Mary Ellen O’Connell, *International Dispute Settlement*, Asgate Publishing, 2003, página 211.

estaduais, e as normas que regem o Direito aplicável ao mérito da causa. Tal permitirá concluir se os mesmos operam à margem dos sistemas judiciais apenas num plano formal, ou se na prática tal não se verifica.

8.2.4.2. Natureza Judicial do Sistema Europeu de Tribunais de Investimento

O conceito de mecanismos alternativos de resolução de litígios, ou na sigla inglesa *ADR* (*alternative dispute resolution*), pode definir-se como “o conjunto de procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais”, como nos diz Mariana França Gouveia, concretizando meios judiciais como “*meios de resolução de conflitos que sejam diferentes da decisão por julgamento em tribunal estadual*”⁴⁴⁶. A autora identifica os meios judiciais com os tribunais estaduais, dado que se refere a um plano estritamente estadual. Tal não se verifica se tivermos em conta o plano internacional, como é o caso do Tribunal Internacional de Justiça e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que não sendo tribunais estaduais, mas ainda constituem meios judiciais de resolução de diferendos.

O que é então um meio judicial de resolução de litígios? Partindo da nossa própria Constituição e do n.º 1 do artigo 202.º podemos dizer que os tribunais judiciais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo. A administração da Justiça cabe assim em primeiro lugar aos Estados, de acordo com a visão de Montesquieu da separação de poderes, onde esta é uma das funções clássicas do Estado. Para tal, o Estado dispõe de órgãos próprios – os tribunais – que garantem o Estado de Direito. Tal, é o ponto de situação num plano estritamente estadual. O panorama difere no que toca aos tribunais internacionais, em que a natureza alternativa dos meios de resolução de litígios tem de ser avaliada separadamente no plano internacional e no plano estadual.

De notar que identificámos o termo “*alternativo*” como “*alternativo aos meios judiciais*”, e não como “*alternativo ao método paradigmático de resolução de litígios*”, que neste caso é a arbitragem de investimento. Verifica-se que aquando da criação do CIRDI,

⁴⁴⁶ Mariana França Gouveia, Curso de Resolução Alternativa de Litígios, Almedina, Coimbra, 2014, páginas 17-18. Como salienta a autora, a definição é propositadamente vaga e delimita-se de forma meramente negativa de modo a englobar realidades novas que possa vir a surgir.

declarou-se que os tribunais estaduais se manteriam como a norma, e a arbitragem de investimento como a exceção⁴⁴⁷, dado que sua jurisdição teria como base compromissos arbitrais celebrados em acordos entre os Estados e os investidores. Só depois se deu a revolução da celebração em massa de acordos bilaterais de investimento que vieram a prever o acesso à mesma sem que fosse necessário a celebração de contratos com cada investidor.

Começando pelo plano internacional, como nos diz Maria José Rangel de Mesquita, três aspetos fundamentais se salientam quanto à caracterização dos meios judiciais internacionais: o facto de ser comum que a vontade estadual releve para efeitos da composição do tribunal; a aproximação dos meios arbitrais e judiciais, dado que existem vários casos de institucionalização de meios arbitrais⁴⁴⁸; a permanência dos mesmos, ainda que esta possa ser entendida de diversas formas⁴⁴⁹. De notar que a Doutrina não é pacífica quanto à caracterização da jurisdição CIRDI como arbitragem, sendo que alguns autores defendem que estamos perante tribunais internacionais em sentido próprio, nos mesmos termos do sistema de resolução de litígios da OMC⁴⁵⁰.

O consentimento desempenha aqui um papel interessante e, por esse motivo não podemos equiparar a caracterização de um meio judicial internacional a um meio judicial estadual. Como nos dizem Baiju S. Vasani e Anastasiya Ugale, *“It is the perception of the decision as fair and just that influences the parties’ satisfaction with the final award. Such satisfaction in investor-State arbitration is paramount for the survival of the entire*

⁴⁴⁷ Como nos diz o preâmbulo da Convenção CIRDI, *“while [international investment disputes] would usually be subjected to national legal processes, international methods of settlement may be appropriate in certain cases”*.

⁴⁴⁸ Tal é o caso do CIRDI, levando autores como Luís de Lima Pinheiro a qualificar a arbitragem CIRDI como *“arbitragem quási-internacional pública”*, tendo por objeto litígios emergentes de relações com privados, mas organizada por normas de Direito Internacional Público. – *Vide* Luis de Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional – O Direito Privado da Globalização Económica. Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino do Direito Comercial Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, páginas 55, 123 e 246-247.

⁴⁴⁹ Maria José Rangel de Mesquita, *Justiça Internacional*, Lições, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, páginas 72-75.

⁴⁵⁰ Como nos diz Omar E. García-Bolivar, os tribunais arbitrais de investimento são o mais próximo que já se chegou de um tribunal internacional constitucional ou administrativo, permitindo o acesso direto dos indivíduos a uma jurisdição que permite a revisão da conduta de um Estado ao abrigo do Direito Internacional, tendo em vista a obtenção de uma determinação vinculativa sobre a legalidade dessa mesma conduta. - Anna Joubin-Bret, Jean E. Kalicki, editado por, *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, Nijhoff International Investment Law Series, Leiden, 2015, página 395.

system”⁴⁵¹. Para se submeterem a uma jurisdição internacional, os Estados tiveram sempre de dar o seu consentimento, normalmente de forma prévia através da celebração de um acordo internacional, dado que tal decorre da soberania dos mesmos. Tal não nos pode levar a concluir que, por esse motivo estamos perante um mecanismo arbitral, pois se assim fosse todas as jurisdições internacionais seriam de natureza arbitral.

Na introdução da presente dissertação referimos o facto de os meios de resolução de litígios tratados se dividirem em mecanismos diplomáticos, como a mediação e a conciliação, e meios jurisdicionais, jurisdicionais por a decisão obrigar as partes. Dentro dos meios jurisdicionais referimos que podemos aqui falar na arbitragem e nos meios judiciais. Podemos dizer que a diferença fundamental assenta “*na diferente relevância estadual e da vontade das partes em geral*”⁴⁵². Ao nível dos tribunais internacionais, a doutrina tem apontado alguns requisitos principais. Desde logo o facto de o produto da resolução ser uma decisão, vinculativa para as partes, que seja o produto da aplicação de normas jurídicas, do qual as partes não podem dispor, garantido que o processo seja contraditório e assegure a igualdade das partes. Adicionalmente, Maria José Rangel de Mesquita refere a fundamentalidade da criação dos tribunais operar por uma fonte de Direito Internacional, do qual decorrem aspetos como a jurisdição, competência, constituição, organização e funcionamento, assim como o requisito da natureza das partes⁴⁵³, meramente tendencial dado que não o acesso de indivíduos a jurisdições internacionais foi ultrapassado.

Pelo exposto, à primeira vista o novo sistema europeu de tribunais de investimento configura-se como um sistema de tribunais judiciais⁴⁵⁴, e por isso internacionais em sentido estrito. Estamos perante tribunais permanentes, criados por acordo internacional, que emitem decisões vinculativas, com base em normas que as partes não podem dispor (as normas de proteção do investidor previstas no próprio tratado). O próprio consentimento, dada a natureza essencialmente facultativa das jurisdições internacionais

⁴⁵¹ Anna Joubin-Bret, Jean E. Kalicki, editado por, *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, Nijhoff International Investment Law Series, Leiden, 2015, página 151.

⁴⁵² Maria José Rangel de Mesquita, *Justiça Internacional, Lições*, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, página 71.

⁴⁵³ Maria José Rangel de Mesquita, *Justiça Internacional, Lições*, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, páginas 91-94.

⁴⁵⁴ *Vide* o modelo de tribunais judiciais permanentes de investimento proposto por Omar E. García-Bolivar e como o modo de designação dos juizes iguala o do novo sistema europeu de tribunais de investimento. - Anna Joubin-Bret, Jean E. Kalicki, editado por, *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, Nijhoff International Investment Law Series, Leiden, 2015, página 395.

em função da soberania dos Estados, é dado por acordo internacional celebrado pelos Estados Contratantes, como é regra na criação de meios judiciais permanentes de resolução. O sistema aproxima-se por isso do sistema de resolução de litígios da OMC⁴⁵⁵.

De notar que Luís de Lima Pinheiro, ao caracterizar a arbitragem quási-internacional pública refere que a mesma coloca um problema de determinação do Direito aplicável ao mérito da causa, dado que sendo arbitragens organizadas por normas internacionais, o Direito Internacional Público não é necessariamente aplicável ao fundo da causa⁴⁵⁶. O autor inclui assim o sistema CIRDI nesta categoria, com base neste argumento.

Cumprir referir a questão do Direito aplicável à causa, quer ao mérito, quer ao processo, de modo a podermos concluir a natureza judicial dos mecanismos de resolução em análise. cdf

8.2.4.2.1. Direito Aplicável ao Mérito da Causa

8.2.4.2.1.1. Arbitragem Quási-Internacional Pública

Como referimos na Introdução, na arbitragem quási-internacional pública, a ordem jurídica internacional não é necessariamente aplicável à questão principal, levantando problemas quanto à determinação do Direito aplicável ao mérito da causa. Este problema da determinação do Direito Aplicável à causa, geralmente resolvido pelos acordos internacionais ao abrigo do qual estas arbitragens decorrem. A escolha da lei aplicável difere do processo de averiguação do conteúdo das regras, antecedendo este. Uma das principais características da arbitragem internacional (ou transnacional) é a liberdade das partes (e dos árbitros na falta de acordos das partes nesse sentido) na escolha das regras que serão aplicáveis no caso, dada a inexistência de uma obrigação de aplicar o Direito de um determinado Estado.

No que toca à arbitragem CIRDI, segundo o Artigo 42.º (1) CIRDI, primeira frase, as partes podem escolher o Direito aplicável à causa, de acordo com o princípio da autonomia das partes. A letra do artigo refere “*rules of law*”, permitindo às partes a

⁴⁵⁵ Sobre como esta aproximação vinha já no sentido da proposta de alguma Doutrina, *vide* Anna Joubin-Bret, Jean E. Kalicki, editado por, *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, Nijhoff International Investment Law Series, Leiden, 2015, páginas 397-398.

⁴⁵⁶ Luis de Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional – O Direito Privado da Globalização Económica*. Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino do Direito Comercial Internacional, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, página 123.

escolha de regras estaduais, internacionais, uma combinação de ambas, de princípios gerais de direito ou da *lex mercatoria*, podendo até inferir-se dos factos e circunstâncias do caso, um acordo tácito⁴⁵⁷. As partes podem optar também pela equidade (artigo 42.º (3) da Convenção CIRDI).

Na falta deste acordo⁴⁵⁸, o tribunal aplica a lei do Estado parte no diferendo e os princípios de direito internacional ao abrigo do Artigo 42.º(1) CIRDI, segunda frase. Por outro lado, as regras da UNCITRAL⁴⁵⁹ e da Câmara Internacional de Comércio⁴⁶⁰ apresentam uma solução diferente. Em muitos casos as partes escolhem o Direito aplicável nos próprios tratados de investimento, como é o caso da NAFTA⁴⁶¹ e da Carta da Energia⁴⁶², mas certos acordos limitam-se a replicar a letra do Artigo 42.º (1) da Convenção CIRDI⁴⁶³. De notar que sempre que os próprios acordos de investimento contenham regras relativas ao

⁴⁵⁷ Neste sentido ver Antonio R. Parra, *Applicable Law in Investor-State Arbitration*, in *Contemporary Issues, International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers*, Editado por Arthur W. Rovine, Martinus Nijhoff Publishers, 2007. Quanto à discussão referente aos acordos tácitos ver o Caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v. Republic of Costa Rica*, award of Feb. 17, 2000, 5 ICSID Rep. 153, 170 (2002).

⁴⁵⁸ O acordo pode surgir depois da celebração do acordo internacional, na data do início do procedimento arbitral. Ver o Caso *Asian Agricultural Products Limited v. the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No .ARB/87/3, Award, 27 de junho de 1990, parágrafos 18-24. O tribunal inferiu a escolha do Direito aplicável pelas submissões das partes.

⁴⁵⁹ **Article 35**

1. *The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate.*

2. *The arbitral tribunal shall decide as amiable compositeur or ex aequo et bono only if the parties have expressly authorized the arbitral tribunal to do so.*

3. *In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract, if any, and shall take into account any usage of trade applicable to the transaction.*

⁴⁶⁰ **Article 21: Applicable Rules of Law**

1) *The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.*

2) *The arbitral tribunal shall take account of the provisions of the contract, if any, between the parties and of any relevant trade usages.*

3) *The arbitral tribunal shall assume the powers of an amiable compositeur or decide ex aequo et bono only if the parties have agreed to give it such powers.*

⁴⁶¹ Artigo 1131(1) NAFTA: *A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.*

⁴⁶² Artigo 26º(6) da Carta da Energia: *A Tribunal established under paragraph 4 shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law.* Como é realçado por Lima Pinheiro: “Por isso, aparentemente, o tribunal arbitral deve sempre aplicar primariamente o Direito Internacional Público à questão principal, sem que se coloque um problema de determinação do Direito aplicável em sentido tradicional (pode sempre colocar-se um problema de escolha entre diferentes fontes internacionais). Isto explica-se pela circunstância de que, como vimos anteriormente (supra I), a pretensão atuada pelo investidor na arbitragem se ter de fundamentar necessariamente numa violação dos direitos que lhe são outorgados pelo TCE.” - Luís de Lima Pinheiro, Introdução à arbitragem de investimentos no sector da energia perante as ordens jurídicas portuguesas e angolana, in *Revista da Ordem dos Advogados*, A. 75, nº 1 (Jan.-Jun. 2015), 2015, página 36.

⁴⁶³ Acordo bilateral celebrado entre o Burundi e o Benelux, em 13 de abril de 1989, Artigo 8.º(5).

Direito aplicável ao mérito da causa, estas prevalecem sobre o disposto no artigo 42º da Convenção CIRDI.

A doutrina tem vindo a discutir qual o papel do Direito Internacional com base na letra do Artigo 42.º, discutindo-se também que regras da ordem jurídica internacional são chamadas ao abrigo deste artigo⁴⁶⁴. W. Michael Reisman⁴⁶⁵ defende que este terá apenas uma função corretiva, quando disposições de *ius cogens* sejam postas em causa. O Comité *ad hoc* adotou esta visão corretiva (ou complementar, quando estiver em causa uma lacuna) no Caso *Klöckner*⁴⁶⁶, e mais tarde no Caso *Amco*⁴⁶⁷. No entanto, como salienta Antonio Parra⁴⁶⁸, ambos os casos se baseiam numa violação de um contrato (as chamadas *contract claims*), não tendo por base uma violação das disposições de um acordo internacional. A invocação de uma violação de um tratado de investimento em vez de uma disposição contratual tornou-se muito mais comum do que se verificava na década de 80, sendo que a maioria dos casos submetidos à arbitragem CIRDI se baseiam em *treaty claims*, e não *contract claims*.

Autores como Gaillard and Banifatemi⁴⁶⁹ defendem que este terá um papel mais do que corretivo, e que o Artigo 42.º(1) dá a escolha aos árbitros de aplicarem o Direito Internacional se assim o entenderem, dado que é um corpo de regras mais acessível ao tribunal do que as leis estaduais. Os autores fundam-se na letra do artigo (a conjugação

⁴⁶⁴ Como nos diz Christoph Schreuer: “Under a wide interpretation this could mean any rules of international law that are invoked in the course of the arbitration and which are significant to the claims put forward. Apart from the treaty conferring jurisdiction, this includes multilateral treaties governing a variety of aspects of international law like UNESCO Conventions, conventions for the protection of the environment, the United Nations Convention against corruption and human rights treaties.” - Christoph Schreuer, Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration, in McGill Journal of Dispute Resolution, Volume 1, No. 1, 2014, página 16.

⁴⁶⁵ W. Michael Reisman, The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold”, in ICSID Review, volume 15, 2000, páginas 362-363, 366, 373.

⁴⁶⁶ Caso *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Ad Hoc Committee Decision, 3 de maio de 1985), parágrafo 117 e seguintes.

⁴⁶⁷ Caso *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on the Application for Annulment, 16 de maio de 1986, parágrafo 515.

⁴⁶⁸ Antonio R. Parra, Applicable Law in Investor-State Arbitration, in Rovine, Arthur W., Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, página 6.

⁴⁶⁹ Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process, in ICSID Review, volume 18, 2003, páginas 375-403.

usada é “e”), no Artigo 31.º(1) e 32.º da CVDT sobre a interpretação dos tratados e nos trabalhos preparatórios da Convenção de Washington⁴⁷⁰.

Outros autores como Sacerdoti⁴⁷¹, falam numa prevalência do Direito Internacional sobre a ordem jurídica nacional pois estamos perante uma arbitragem realizada ao abrigo de acordos internacionais e de tribunais internacionais. Podemos defender ainda, que a função dos princípios de Direito Internacional não visa substituir a aplicação da lei estadual, mas apenas assegurar que o investidor não é privado de um mínimo em termos de proteção internacional. É de notar que o Direito Internacional tanto pode ser invocado como parte integrante do direito nacional, como a título próprio.

No Caso *Siemens AG v. Argentine Republic*, o tribunal rejeitou expressamente o papel meramente supletivo do Direito Internacional, considerando que “*the Tribunal’s inquiry is governed by the [ICSID] Convention, by the [BIT] and by applicable international law. Argentina’s domestic law constitutes evidence of the measures taken by Argentina and of Argentina’s conduct in relation to its commitments under the [BIT]*”⁴⁷².

Ao abrigo do BIT celebrado entre a Bélgica e o Burundi, no qual o Artigo 8.º replica a letra do Artigo 42.º da Convenção CIRDI, o tribunal arbitral no Caso *Goetz v. Burundi*⁴⁷³ entendeu que, ao abrigo desta disposição se encontrava obrigado a aplicar tanto o Direito do Burundi, como o Direito Internacional, sendo que em caso de conflito deveria prevalecer a norma mais favorável ao investidor. Esta perspetiva tem vindo, no entanto, a ser rejeitada pela doutrina e pela jurisprudência.

No Caso *Wena Hotels*⁴⁷⁴, foi convocado o Comité *ad hoc* para analisar o pedido de anulação da sentença arbitral, com base no facto de o tribunal não ter aplicado o direito egípcio, excedendo assim os seus poderes. O Comité entendeu que a intenção das negociações referentes ao Artigo 42.º(1) foi dar um papel a ambos, podendo o direito

⁴⁷⁰ Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process, in ICSID Review, 18, 2003, páginas 375-403.

⁴⁷¹ Giorgio Sacerdoti, Investment Arbitration Under ICSID and UNICTRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards”, in ICSID Review, volume 19, 2004, páginas 25-26.

⁴⁷² Caso *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 de fevereiro de 2007, parágrafos 77-78.

⁴⁷³ Caso *Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 10 de fevereiro de 1999.

⁴⁷⁴ Caso *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 de dezembro de 2000.

nacional e o direito internacional ser aplicados de forma conjunta⁴⁷⁵, levando autores como Gaillard e Banifatemi⁴⁷⁶ a propor que, no caso concreto, o tribunal possa optar entre aplicar direito nacional ou direito internacional. O Comité realçou que ao abrigo do Direito egípcio, há um princípio de prevalência do Direito Internacional sobre o Direito Nacional⁴⁷⁷.

No Caso *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, o tribunal arbitral considerou que, com base no Artigo 42.º(1) segunda frase o Direito estadual e internacional são ambos aplicáveis, sem que um prevaleça sobre o outro⁴⁷⁸, inspirando-se na decisão supracitada do Comité, quanto ao Caso *Wena Hotels*.

No Caso *Libananco v Turkey*⁴⁷⁹, foi invocada a violação da Carta da Energia, referindo esta apenas o Direito Internacional e a própria Carta, não fazendo qualquer referência ao Direito Nacional. Ainda assim, o tribunal considerou que o Direito turco era necessariamente aplicável.

No Caso *Emmis v Hungary*, o tribunal realçou o seguinte: “*in order to determine whether an investor/claimant holds property or assets capable of constituting an investment it is necessary in the first place to refer to host State law.*”⁴⁸⁰ A jurisprudência aponta assim no sentido de que apesar das disposições sobre o direito aplicável ao mérito da causa, em certos aspetos substantivos o Direito Nacional é necessariamente aplicável, ainda que estejam em causa *treaty claims*.

Tomando posição, ao abrigo da Convenção CIRDI, não podemos dizer que o Direito Internacional Público não regule muitos dos aspetos referentes à relação entre o investidor e o Estado, e que por isso, na prática, caberá necessariamente à ordem jurídica do Estado

⁴⁷⁵ Caso *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, *Decision on Annulment*, 5 de fevereiro de 2002, parágrafo 40.

⁴⁷⁶ Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process, in ICSID Review, volume 18, 2003, páginas 409-410.

⁴⁷⁷ Caso *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, *Decision on Annulment*, 5 de fevereiro de 2002, parágrafo 42.

⁴⁷⁸ Caso *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, *Award*, 12 de maio de 2005, parágrafos 116-117.

⁴⁷⁹ Caso *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, *Award*, 2 de setembro de 2011, parágrafo 112 e parágrafo 385 e seguintes.

⁴⁸⁰ Caso *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/2, *Award*, 16 de abril de 2014, parágrafo 162.

recetor do investimento regular em primeiro plano o investimento⁴⁸¹. Ainda assim, o Direito Internacional é primeiramente aplicável ao abrigo do Artigo 42.º (1) CIRDI sempre que regular a matéria em discussão. Tal como refere Campbell Mclachlan⁴⁸², o Direito Internacional e o Direito Estadual colocam-se em planos distintos, tendo uma relação vertical e não horizontal, prevendo direitos e deveres distintos. Deve assim ser aplicado o Direito Internacional sempre que seja invocada uma violação do acordo de investimento, deixando para o Direito Nacional os litígios que tenham por base uma violação de uma disposição contratual. Tal é a jurisprudência seguida no Caso *MTD Equity Sdn Bhd v. Republic of Chile*⁴⁸³, no Caso *Azurix Corp. v. Argentine Republic*⁴⁸⁴, e quanto às *contracts claims*, no Caso *Autopista Concessionada de Venezuela CA v. Bolivarian Republic of Venezuela*⁴⁸⁵. De notar que o Direito Internacional pode ser aplicado por duas vias, diretamente ou indiretamente com base na integração no ordenamento jurídico estadual.

Fora do âmbito da Arbitragem CIRDI, as regras da UNCITRAL⁴⁸⁶, da Câmara de Comércio Internacional⁴⁸⁷ e da Câmara de Comércio de Estocolmo⁴⁸⁸ permitem às partes a escolha do Direito aplicável ao mérito da causa, dando uma maior margem de escolha

⁴⁸¹ Como refere Lima Pinheiro: “A opção nesta matéria não é predeterminada pela falta de regras internacionais aplicáveis a muitas questões suscitadas pelos investimentos e, designadamente, aos contratos de investimento. Com efeito, mediante a transposição das regras aplicáveis aos Tratados, bem como das regras aplicáveis à proteção dos estrangeiros, do contexto tradicional do contencioso interestadual para o domínio da arbitragem de investimentos, e do recurso aos princípios comuns aos sistemas nacionais envolvidos é sempre possível encontrar critério de solução no quadro do Direito Internacional Público.” - Luís de Lima, Introdução à arbitragem de investimentos no sector da energia perante as ordens jurídicas portuguesas e angolana, in *Revista da Ordem dos Advogados*, A. 75, nº 1 (Jan.-Jun. 2015), 2015, páginas 29-30.

⁴⁸² Campbell Mclachlan, *Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework*, in Albert Jan van den Berg (ed), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, Volume 14, Kluwer Law International, 2009, página 113.

⁴⁸³ Caso *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 de maio de 2004, parágrafo 86: “[t]his being a dispute under a BIT, the parties have agreed that the merits of the dispute will be decided in accordance with international law.”

⁴⁸⁴ Caso *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 de julho de 2006, parágrafo 67: “the Tribunal’s inquiry is governed by the ICSID Convention, by the BIT and by applicable international law,” with the law of Argentina being “an element of the inquiry, (...) because of the treaty nature of the claims under consideration.”

⁴⁸⁵ Caso *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Award, 23 de setembro de 2003, parágrafo 102: “[w]hatever the extent of the role that international law plays under Article 42(1) (second sentence), this Tribunal believes that there is no reason in this case, especially considering that it is a contract and not a treaty arbitration, to go beyond the corrective and supplemental functions of international law.”

⁴⁸⁶ UNCITRAL Arbitration Rules, Artigo 33º (1); UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Artigo 28º(1).

⁴⁸⁷ International Chamber of Commerce Rules of Arbitration in force as from Jan. 1, 1998, ICC Publication 838, Artigo 17º(1) (2005).

⁴⁸⁸ Article 22(1) of the Arbitration Rules of the Stockholm Chamber of Commerce: *Arbitral Tribunal shall apply the law or rules of law which it considers to be most appropriate.*

ao tribunal arbitral na falta deste acordo, remetendo assim para as regras jurídicas determinadas pelas normas de conflitos que o tribunal considere aplicável; no caso da Câmara de Comércio de Estocolmo para as regras que os árbitros considerem mais apropriadas, não sendo feita qualquer referência ao Direito Internacional.

No Caso *CME v. República Checa* (decidido ao abrigo do *BIT* celebrado entre os Países Baixos-República Checa e das regras da UNCITRAL; o *BIT* em causa tinha uma norma similar à do tratado do Caso *Goetz*), o tribunal arbitral entendeu que todos os elementos mencionados no artigo 8.º(6) do *BIT* em causa (lei do Estado em causa, princípios de Direito Internacional e o acordo de investimento) eram aplicáveis, sem que houvesse uma hierarquia ou que ao tribunal fosse vedada a aplicação de outras normas⁴⁸⁹. Campbell McLachlan⁴⁹⁰ defende que também fora da arbitragem CIRD os tribunais arbitrais devem analisar que matérias devem ser governadas pelas normas estaduais e quais competem às normas internacionais.

Na arbitragem transnacional⁴⁹¹ não há uma relação particular com nenhum sistema nacional, aliás a sua denominação vem do facto de o tribunal arbitral não se enquadrar em nenhum sistema jurídico em especial. Daí que os árbitros não se encontrem vinculados a aplicar exclusivamente normas jurídicas de nenhum ordenamento jurídico, tendo pelos motivos apontados, autonomia na determinação do Direito aplicável ao mérito da causa. Na ausência de estipulação das partes⁴⁹² verificam-se duas tendências junto da jurisprudência arbitral e dos regulamentos de centros de arbitragem: a aplicação das regras de Direito mais apropriadas ao litígio⁴⁹³ e a aplicação das regras de ordenamentos mais próximos da relação que serve de base ao litígio⁴⁹⁴. No entanto, a arbitragem de

⁴⁸⁹ Caso *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, 14 de março de 2003, parágrafos 400-402.

⁴⁹⁰ Campbell McLachlan, 'Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework', in Albert Jan van den Berg (ed), 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series, Volume 14, Kluwer Law International, 2009, página 115-116.

⁴⁹¹ Na definição de Lima Pinheiro, em sentido amplo a arbitragem transnacional é uma arbitragem voluntária que, pôr ter contactos relevantes com mais do que uma ordem jurídica estadual, levanta problemas de determinação do seu estatuto, ou seja, de quais as regras jurídicas que se lhe são aplicáveis. Em sentido estrito remete para a arbitragem que põe em causa os interesses do comércio internacional.

⁴⁹² No âmbito da arbitragem transnacional entende-se que as partes podem remeter para Direito estadual, para a ordem jurídica internacional, para a *lex mercatoria*, os princípios gerais ou a equidade.

⁴⁹³ Regulamento de Arbitragem da CCI (artigo 17.º, n.º 1); Regulamento de Arbitragem Internacional da American Arbitration Association (artigo 28.º, n.º 1); o Regulamento de Arbitragem da OMPI (artigo 59.º(a)); Regulamento do London Court of International Arbitration (artigo 22.º, n.º 3); Lei portuguesa (33.º, nº2 da Lei de Arbitragem Voluntária).

⁴⁹⁴ Luís de Lima Pinheiro defende que na falta de escolha o tribunal arbitral se deve basear nas regras e princípios próprios autónomos e nas “*directrizes sobre a determinação do Direito aplicável dimanadas dos Estados que apresentam laços especialmente significativos com a arbitragem ou em que previsivelmente a*

investimento difere da arbitragem transnacional. Como vimos, esta não se encontra ligada a nenhum ordenamento em específico, e a arbitragem de investimento opera ao nível da ordem jurídica internacional. Daí que, o Direito Internacional nunca possa ser preterido e o tribunal arbitral não dispunha da mesma autonomia que beneficia na arbitragem transnacional no que toca à determinação das regras jurídicas aplicáveis.

Quanto à relevância do Direito da União Europeia, no Caso *Eastern Sugar*, como vimos o tribunal considerou que, com base no Artigo 8.º (6) do BIT celebrado entre os Países Baixos e República Checa, o Direito Internacional é aplicável em geral, não se pronunciando, no entanto, se o Direito da União Europeia se inclui no Direito Internacional, ou se é aplicável de todo.

A natureza do Direito da União Europeia discute-se, podendo este ser visto como um subsistema do Direito Internacional Público ou como parte integrante da ordem jurídica nacional.

O TJUE tomou posição na questão da natureza do Direito da União Europeia, classificando a ordem jurídica europeia como um subsistema da ordem internacional, apesar das suas especificidades, nomeadamente o efeito direto e o princípio do primado (o tribunal realça que para alterar os tratados é necessário o consentimento de todos os Estados-Membros). Ou seja, tendo os tribunais de aplicar direito internacional, têm de se pronunciar sobre a ordem jurídica europeia⁴⁹⁵.

Para *Markus Burgstaller*, uma norma como o Artigo 8.º(6) do BIT celebrado entre os Países Baixos e a República Checa referido *supra*, torna a ordem jurídica europeia aplicável, tendo em conta que a mesma integra a ordem jurídica internacional. Sendo aplicável, vigoram o princípio do primado e o princípio da efetividade, podendo ainda assim, os Estados serem responsabilizados se dispuserem de alguma margem de discricionariedade na interpretação e aplicação do Direito da União Europeia⁴⁹⁶.

decisão careça, em caso de necessidade, de ser executada”, dando também relevância aos usos do comércio internacional. Neste sentido ver Luís de Lima Pinheiro, Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 63, nº1/2 (Abr. 2003), Lisboa, 2003.

⁴⁹⁵ Neste sentido o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 15 de julho de 1964, *Flaminio Costa contra E.N.E.L.*, Processo C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, e o Acórdão de Tribunal de Justiça da União Europeia de 5 de fevereiro de 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos contra Administração Fiscal neerlandesa*, Processo C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

⁴⁹⁶ Markus Burgstaller, Parte IV, Capítulo 19: European Law Challenges to Investment Arbitration', in Asha Kaushal, Michael Waibel, The Backlash against Investment Arbitration, Kluwer Law International, 2010, página 470.

A ordem jurídica europeia é assim em simultâneo, internacional e nacional, sendo aplicável ao mérito da causa pelas duas vias, quando a norma do acordo remeta para o Direito Estadual, ou para o Direito Internacional, ainda que de forma indireta.

Quando as partes não acordem quanto ao Direito aplicável, defendo que os princípios fundamentais de Direito Internacional se devam incluir no estatuto da arbitragem, dado que estamos perante arbitragens quási-internacionais, realizadas ao abrigo de acordos internacionais, assim como do Direito do Estado contratante⁴⁹⁷. Por outro lado, devido a um aspeto prático, também os princípios fundamentais da ordem jurídica europeia devem relevar para a decisão do mérito da causa, quando o Estado recetor do investimento pertença à União Europeia: a sentença arbitral terá de ser executada no âmbito do Estado-Membro e uma discrepância com a ordem jurídica europeia pode levar a uma oposição por parte da Comissão em todas as fases do procedimento arbitral, assim como uma guerra contra a sua execução. Na verdade, o Direito da União Europeia inclui-se desde logo no Direito estadual. No entanto, o Direito aplicável ao mérito da causa está sempre dependente do Direito escolhido pelas partes quando o acordo de investimento em causa dite que a escolha destas prevalece. Não remetendo as partes para a ordem jurídica europeia ou para uma ordem jurídica estadual que a integre, o tribunal tem o dever jurídico de seguir a escolha das partes.

8.2.4.2.1.2. Sistema Europeu de Tribunais de Investimento

Como referimos *supra*, as disposições relativas ao Direito aplicável ao mérito da causa nos acordos analisados, apresentam uma configuração similar, realçando três aspetos: (1) que se aplicam as normas de proteção referidas no tratado, interpretadas em conformidade com a CVDT e com outras regras e princípios de Direito Internacional aplicáveis entre as partes; (2) que o Direito interno de um Estado releva apenas como matéria de facto⁴⁹⁸; e

⁴⁹⁷ Seguimos o entendimento de Lima Pinheiro. - Luís de Lima Pinheiro, Introdução à arbitragem de investimentos no sector da energia perante as ordens jurídicas portuguesas e angolana, in Revista da Ordem dos Advogados, A. 75, n.º 1 (Jan.-Jun. 2015), 2015, página 35.

⁴⁹⁸ Em sede do artigo 8.31.º, n.º 2 do Acordo CETA, o tribunal deve seguir “a interpretação da legislação interna habitualmente seguida pelos tribunais ou autoridades dessa Parte e qualquer interpretação da legislação interna pelo tribunal não é vinculativa para os tribunais ou autoridades dessa Parte”. Como declara Yves Bot, “O artigo 8.31, n.º 2, do CETA garante, por isso, que uma interpretação do direito da União pelo tribunal do CETA apenas possa ocorrer se não constar da ordem jurídica da União nenhuma indicação a esse respeito e se, quando tal interpretação seja efetuada por esse tribunal, for apenas para dirimir o litígio que lhe seja apresentado, não ficando nem as autoridades nem os órgãos jurisdicionais da União vinculados pela referida interpretação” e “É verdade que o Tribunal de Justiça salientou, no seu

(3) que a sentença não pode acrescentar ou limitar direitos e obrigações previstos no tratado⁴⁹⁹.

Denota-se um claro distanciamento do previsto nas normas referidas no ponto anterior, inclusivamente o enunciado pela Convenção CIRDI. A necessária aplicabilidade do Direito Internacional não deixa margem para dúvidas, não assistindo às partes um direito de escolha do Direito aplicável ao mérito da causa.

O que nos leva a concluir que quanto a este aspeto, os novos mecanismos de resolução de litígios com investidores propostos pela União Europeia não constituem mecanismos alternativos de litígios, mas meios judiciais de resolução de diferendos. Como referimos, um dos aspetos caracterizadores de uma jurisdição judicial internacional, é o facto de ao mérito da causa se aplicarem normas jurídicas das quais as partes não podem dispor; neste caso normas jurídicas de Direito Internacional Público⁵⁰⁰. Quanto à discussão da aplicação do Direito Interno ao abrigo do artigo 42.º(1) da Convenção CIRDI referida *supra*⁵⁰¹, cremos que a mesma não se coloca nos mesmos termos, dado que no que toca

Parecer 2/13, que «a interpretação de uma disposição do direito da União, incluindo do direito derivado, exige, em princípio, uma decisão do Tribunal de Justiça, quando essa disposição se preste a várias interpretações plausíveis. Ora, de acordo com o Tribunal de Justiça, «se não [lhe] fosse permitido [...] fornecer a interpretação definitiva do direito derivado e se o [Tribunal Europeu dos Direitos do Homem], no seu exame da conformidade desse direito com a CEDH, devesse ele próprio proceder a uma dada interpretação entre as plausíveis, o princípio da competência exclusiva do Tribunal de Justiça na interpretação definitiva do direito da União seria seguramente infringido». Contudo, tal princípio não é violado na medida em que, quando seja possível e efetivamente aplicada pelo tribunal do CETA, a sua interpretação do direito da União não tem efeito vinculativo para as autoridades e os órgãos jurisdicionais da União.» - Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, parágrafos 139 e 142, respetivamente.

⁴⁹⁹ Vide o artigo 8.31.º do Acordo CETA, o artigo 13.º do projeto do TTIP (que não referem o ponto (3)), o artigo 15.21 do FTA celebrado com o Vietname, o artigo 21.16 do FTA celebrado com o Japão e o artigo 14.18 do FTA celebrado com Singapura (que por sua vez não referem o ponto (2) e incluem uma menção adicional sobre a relevância das interpretações do sistema de resolução de litígios da OMC). O ponto (2) visa esclarecer que a interpretação do Direito interno cabe aos tribunais estaduais, TJUE incluído, enquanto o ponto (3) recria o disposto no sistema de resolução de litígios da OMC e procura dispor que o tribunal não pode deixar de aplicar as normas do acordo com base no acordo das partes.

⁵⁰⁰ Como nos diz Dolores Bentolila, “*Although both domestic courts and international tribunals may decide international law disputes, they apply international law differently. In the case of domestic courts, domestic law controls the application of international law, and the courts apply international law through their own internal structures and hierarchies. (...) Conversely, international tribunals have international law as the lex fori that controls the application of domestic law.*” – Dolores Bentolila, *Arbitrators as Lawmakers*, International Arbitration Law Library, Volume 43, Kluwer Law International, 2017, página 66.

⁵⁰¹ Podemos sumarizar a atual tendência na arbitragem de investimento citando Dolores Bentolila: “*The relationship between the law of the host state and international law is therefore cumulative rather than hierarchical. Each law prevails within its own sphere of application. If there is a conflict, investment arbitrators will not solve it from the perspective of a particular legal system. Instead, they will justify the primacy of one law over the other by cross-referencing norms belonging to both legal systems. For instance, in Enron v. Argentina, the tribunal declared the primacy of international law by referring to both the Argentine Constitution, which states that treaties are the supreme law of the nation, and to Article 27 of*

ao Acordo CETA e ao projeto do Acordo TTIP, os mesmos especificamente declaram que o Direito Interno será tido como matéria de facto apenas.

Outra questão que se coloca é se o Direito da União Europeia pode ser aplicável ao mérito da causa a título de Direito Internacional, ou se vale meramente como matéria de facto⁵⁰² enquanto Direito Interno⁵⁰³. O nosso entendimento vai no sentido de que apenas pode valer como matéria de facto, dado que esta disposição visa a preservação da autonomia do Direito da União Europeia, onde a última palavra sobre a interpretação do mesmo cabe exclusivamente ao TJUE⁵⁰⁴. Os acordos vêm esclarecer, que a jurisdição destes tribunais é circunscrita às questões previstas no acordo de investimento⁵⁰⁵, excluindo a aplicação do Direito interno ao mérito da causa, com base no argumento de que estes tribunais não têm competência para interpretar normas europeias, dado que tal é uma competência exclusiva do TJUE⁵⁰⁶. Pelos motivos apontados, somos do entendimento que estes

the VCLT.” - Dolores Bentolila, Arbitrators as Lawmakers, International Arbitration Law Library, Volume 43, Kluwer Law International, 2017, página 71.

⁵⁰² Como referido por Yves Bot: “*Tal implica que as Partes contratantes possam invocar as suas regras internas no tribunal quando estas prevejam a proteção de um interesse público, a fim de justificar a medida ou o comportamento que está na base da acusação que lhes é dirigida. Se o tribunal não pudesse tomar em consideração as regras constantes do direito interno das Partes contratantes, ser-lhe-ia impossível ter em conta objetivos legítimos de interesse público.*” - Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, parágrafo 130.

⁵⁰³ De notar que, como foi já referido, na presente dissertação não tomaremos posição sobre a natureza jurídica da União Europeia, um tema altamente complexo que se situa fora do âmbito material do tema da mesma.

⁵⁰⁴ O princípio da competência exclusiva do Tribunal de Justiça na interpretação definitiva do direito da União foi reafirmado no parágrafo 246 do Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça. - Parecer do Tribunal de Justiça, de 18 de dezembro de 2014, sobre a Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Parecer 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454. O advogado-geral Yves Bot salientou que “*Assim sendo, começamos por sublinhar que a preservação da autonomia da ordem jurídica da União não é sinónimo de autarcia. Exige apenas que não seja violada a integridade dessa ordem jurídica, que assenta, em grande medida, na competência do Tribunal de Justiça para ter a última palavra sobre a aplicação do direito da União e na colaboração que este mantém, para esse efeito, com os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros.*” - Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, parágrafo 59.

⁵⁰⁵ Como refere Yves Bot: “*Decorre do artigo 8.39, n.º 1, do CETA que o tribunal do CETA, quando exerça a sua competência para se pronunciar sobre a conformidade de uma medida adotada por uma das Partes contratantes com o CETA, não tem poder para declarar a anulação dessa medida se considerar que é contrária às disposições do capítulo oito do CETA nem para exigir que tal medida seja tornada conforme com essas disposições. Nos termos dessa disposição, o tribunal do CETA apenas pode conceder o pagamento de uma indemnização pecuniária ou, com o acordo da parte demandada, a restituição de bens de que um investidor tenha sido despojado. O SJI situa-se, assim, na linha do contencioso de arbitragem em matéria de investimento, que é, antes de mais, um contencioso de indemnização.*” - Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, parágrafo 125.

⁵⁰⁶ A questão parece-nos algo artificial, no sentido em que, como realça Yves Bot, “*Assim, a partir do momento em que entrar em vigor, o CETA será integrado automaticamente na ordem jurídica da União, da qual fará parte à semelhança das outras fontes normativas da União.*” Tal significa que o Acordo CETA é Direito Internacional, mas integra também a ordem jurídica europeia. Em última instância podemos considerar que os tribunais de investimento têm uma permissão para interpretar normas europeias, desde

acordos visaram afastar a aplicação do Direito da União Europeia ao mérito da causa, considerando-o como Direito Interno, o que vai de encontro à posição de Yves Bot⁵⁰⁷.

De notar que a posição adotada pelas instituições europeias vai no sentido de estes mecanismos não terem uma natureza judicial, mas híbrida⁵⁰⁸. No nosso entendimento, tal acaba por contrariar as declarações das instituições europeias no sentido de o investimento estrangeiro, potencialmente afetar em demasia o interesse público para que estes litígios sejam decididos por privados. Podemos retirar desta afirmação, uma intenção de futuramente instituir um critério de arbitrabilidade. Para os investidores abrangidos pelos acordos recentemente celebrados, a resolução arbitral continua a ser uma possibilidade se o Estado assim o consentir, por via de um compromisso arbitral, dado que nenhuma norma o proíbe ao ponto de podermos afirmar que existe um critério de arbitrabilidade. Mas esta opção deixou de ser um direito garantido.

Podemos agora analisar se apresentam essa configuração num plano estadual. Estes mecanismos constituem meios alternativos aos tribunais estaduais, no sentido em que o acesso a estes não depende do esgotamento dos meios internos e que por esse mesmo

que as mesmas constem do acordo. - Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, parágrafo 60.

⁵⁰⁷ Citando o advogado-geral, “o tribunal do CETA limita-se a aplicar esse acordo e as demais regras e princípios de direito internacional aplicáveis entre as Partes, pelo que não é competente para aplicar as normas do direito da União. Assim, o direito interno das Partes contratantes não faz parte das normas de direito aplicáveis aos litígios que o tribunal do CETA é chamado a decidir.”- Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, parágrafo 122.

⁵⁰⁸ Como refere Yves Bot, “o modelo adotado pelos negociadores do CETA se caracteriza por ter vários traços originais que lhe conferem um carácter híbrido, uma mistura entre um tribunal arbitral e um órgão jurisdicional internacional. Nesse sentido, o mecanismo de resolução de litígios instituído pelo CETA inclui não apenas elementos característicos de um órgão jurisdicional, mas igualmente elementos relativos à arbitragem internacional. Embora tenha sido qualificado como «tribunal» no acordo projetado, o que pode levar a pensar que se trata de um verdadeiro órgão jurisdicional, trata-se de um mecanismo que continua a ser muito inspirado pelas regras em matéria de arbitragem. Na secção F do capítulo oito do CETA, as características das regras relativas à arbitragem em matéria de investimento surgem, assim, de forma expressa, nomeadamente no artigo 8.23, relativo à apresentação de um pedido ao tribunal, no artigo 8.25, relativo ao consentimento para a resolução do litígio pelo tribunal, no artigo 8.36, relativo à transparência dos processos, bem como no artigo 8.41, relativo à execução das sentenças. Além disso, no que diz respeito à remuneração dos membros do tribunal do CETA e às regras deontológicas, consta, respetivamente, do artigo 8.27, n.º 14, e do artigo 8.30, n.º 1, do CETA uma referência expressa às regras aplicáveis em matéria de arbitragem. Por último, importa sublinhar que o tribunal do CETA profere sentenças, e não decisões arbitrais.

243. É verdade que existe a expressão de uma vontade das Partes contratantes de avançar para um sistema novo inspirado nos sistemas judiciais em vigor nas ordens jurídicas dessas Partes. Como a Comissão referiu, corretamente, na audiência, o facto de se inspirar nos sistemas judiciais não faz, contudo, desse órgão um órgão jurisdicional, na aceção plena e completa do termo, mas também não faz dele uma simples instância arbitral tradicional.” - Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, parágrafos 242-243.

motivo ao investidor assistem todas as opções que expusemos na presente dissertação, entre as quais o direito de propor a ação junto dos tribunais estaduais. No entanto, a letra do n.º 1 do artigo 30.6.º do Acordo CETA dispõe que o acordo não tem efeito direto e não pode ser invocado perante os órgãos jurisdicionais da União Europeia e dos Estados-Membros.

Adicionalmente, cumpre referir se os tribunais criados ao abrigo do CETA e do TTIP pertencem ou não ao sistema judicial da União Europeia. A sua jurisdição está limitada a litígios em que seja invocada a violação do acordo de investimento, tendo em vista a análise se um ato de um Estado (ou da própria União Europeia) é lícito ao abrigo do acordo de investimento. O Direito aplicável ao mérito da causa é sempre o acordo de investimento, relevando o Direito interno apenas como matéria de facto. Se entendermos que estes tribunais integram o sistema judicial da União Europeia, significaria que ao abrigo do artigo 267.º TFUE, os mesmos poderiam remeter questões prejudiciais perante o TJUE. Tal não parece ser o caso. Por motivos de reciprocidade, o mesmo direito teria de ser consagrado para o Estado Contratante do acordo de investimento, e os tribunais de investimento teriam que integrar de igual forma o sistema judicial desse mesmo Estado.

De notar que, no entanto, estes tribunais parecem cumprir os requisitos da jurisprudência do TJUE sobre a matéria, que foi analisada *supra*.

Estes tribunais não pertencem assim ao sistema judicial da União Europeia. O argumento de Yves Bot nesse sentido, é o facto de os mesmos não terem “*competência exclusiva para se pronunciar sobre as ações intentadas por investidores estrangeiros no domínio da proteção dos investimentos, nem para interpretar e aplicar o direito da União nesse domínio*”, declarando que o CETA “*institui um mecanismo que se pode qualificar como «quase-jurisdicional», conservando ainda, em determinados aspetos, características das regras aplicáveis à arbitragem em matéria de investimento, e que visa, no essencial, a resolução de litígios que tenham por objeto a interpretação ou a aplicação das próprias disposições do acordo internacional em questão. Além disso, na medida em que constitui um modo alternativo de resolução de litígios em matéria de proteção dos investimentos, tendo por objeto a aplicação do CETA, esse mecanismo não afeta as competências dos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros relativas à interpretação e à aplicação do direito da União, nem a faculdade, ou mesmo a obrigação, de estes últimos submeterem*

*ao Tribunal de Justiça pedidos de decisão prejudicial e a competência deste para dar resposta às questões submetidas pelos referidos órgãos jurisdicionais.”*⁵⁰⁹

Vimos como no plano internacional, o novo sistema europeu de tribunais de investimento não constituiu um mecanismo alternativo de resolução de litígios dado que assume uma natureza judicial. Apesar das considerações do advogado-geral, não vemos como pode ser visto como um mecanismo alternativo de resolução de litígios no plano estadual, dado que a única forma que o investidor tem de usufruir da proteção das normas substantivas do acordo, é recorrer aos mecanismos previstos no tratado⁵¹⁰. O facto de para cada norma substantiva ter de corresponder um direito adjetivo de assegurar que a mesma não é desrespeitada, encontra-se verificado, mas não existe aqui alternatividade, no sentido em que existe apenas uma forma de o fazer: o recurso a um mecanismo judicial internacional de resolução de litígios.

Por outro lado, o chamado esgotamento dos meios internos é incentivado, como realça Yves Bot⁵¹¹, ainda que não constitua um pré-requisito de acesso.

Pelo exposto entendemos que estamos perante tribunais judiciais, nos quais se verifica alguma flexibilidade quanto à escolha das normas processuais aplicadas à resolução da causa, mas não o suficiente para alterar a natureza destes mecanismos. Salientamos ainda

⁵⁰⁹ Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, parágrafos 165-166.

⁵¹⁰ “Assim, a instituição do SJI não impede os investidores estrangeiros de procurar proteção para os seus investimentos demandando os órgãos jurisdicionais das Partes contratantes a fim de obter a aplicação do direito interno dessas Partes. Recorde-se, a este respeito, que, tendo em conta a inexistência de efeito direto do CETA, os investidores estrangeiros não poderão, neste caso, invocar diretamente a violação desse acordo nos órgãos jurisdicionais das Partes contratantes, mas apenas o direito interno dessas Partes, desde que, obviamente, este contenha normas de proteção adequadas. Assim, para além de se basearem em normas jurídicas de referência diferentes, os dois tipos de ações não têm necessariamente o mesmo objeto. De facto, contrariamente ao que sucede quando um pedido seja apresentado ao tribunal do CETA, a demanda dos órgãos jurisdicionais internos das Partes contratantes pode ir além do mero contencioso indemnizatório e visar a anulação de uma medida constante do direito interno dessas Partes. Por conseguinte, trata-se de duas vias de ação judicial que são complementares, mas que não se substituem uma à outra.” - Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, parágrafo 168.

⁵¹¹ “Os investidores podem, em vez disso, optar por interpor recurso junto dos tribunais nacionais. Por outro lado, a impossibilidade de propor, em simultâneo com a demanda do tribunal do CETA ou mesmo posteriormente a esta, uma ação nos órgãos jurisdicionais das Partes contratantes pode ter como efeito incitar os investidores a demandar previamente estes órgãos jurisdicionais. Mesmo que tal não seja imposto como condição prévia à demanda do tribunal do CETA, o esgotamento das vias de recurso internas é, assim, incentivado por estas disposições.” - Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, parágrafo 171.

que, não somos do entendimento de estarmos perante mecanismos alternativos de resolução de litígios.

9. ANÁLISE CRÍTICA

Como vimos, o novo sistema europeu de mecanismos de resolução de litígios com investidores implica a criação de tribunais judiciais que por sua vez, não constituem verdadeiros mecanismos alternativos de resolução de litígios. O acesso aos tribunais estaduais continua a manter-se uma opção, mas as normas substantivas de proteção não serão aplicáveis, aplicando-se as normas de Direito Interno, que poderão ficar aquém ou ir além dos parâmetros de proteção previstos no acordo.

O que nos leva a questionar se a criação do novo sistema europeu de tribunais de investimento não estará a pôr em causa um direito de acesso a um tribunal independente e imparcial⁵¹², e eventualmente, um direito que assista aos investidores de aceder a mecanismos alternativos de resolução de litígios. A primeira questão foi colocada pelo Reino da Bélgica no pedido de parecer ao TJUE sobre a compatibilidade do Acordo CETA com o ordenamento jurídico da União Europeia⁵¹³.

Neste sentido, o Advogado-geral Yves Bot entendeu que pelo facto destes mecanismos terem uma natureza híbrida, o padrão de independência⁵¹⁴ e de imparcialidade que é exigido não é o mesmo no caso de um órgão jurisdicional, nas suas palavras. Refere ainda que *“a apreciação do Tribunal de Justiça deve, na nossa opinião, orientar-se pela constatação de que os negociadores do acordo projetado chegaram a um consenso sobre um modelo que introduz, em vários aspetos, melhoramentos em relação às regras em vigor na arbitragem clássica em matéria de investimento, quer em termos de transparência dos processos quer de independência no tratamento dos pedidos. Embora*

⁵¹² A jurisprudência do TEDH tem sido no sentido de este direito, previsto no artigo 6.º(1) da CEDH, não ter uma natureza absoluta e pode ser objeto de limitações. Citando Lorna McGregor quanto a uma sintetização da jurisprudência do TEDH quanto a esta matéria, *“the Article 6(1) text and the Court’s jurisprudence has fleshed out its content to include a public hearing and an independent and impartial tribunal that delivers justice in a reasonable time and fair manner. In other cases, the Court has found that the right must be practical and effective and not theoretical or illusory”*. - Lorna McGregor, *Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR*, in *The European Journal of International Law*, Vol. 26, no. 3, Oxford University Press, Oxford, 2015, página 623.

⁵¹³ O Reino da Bélgica no pedido de parecer salientou que o regime previsto no Acordo CETA pode dificultar o acesso das pequenas e médias empresas em virtude de caber à parte vencida os custos do processo e que a forma de remuneração dos membros do tribunal pode ser incompatível com o direito de acesso a um tribunal independente e imparcial, entre outras questões. - Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, parágrafos 220-239.

⁵¹⁴ Citando Robert O. Keane, Andrew Moravcsik e Anne-Marie Slaughter, *“The variable Independence measures the extent to which adjudicators for an international authority charged with dispute resolution are able to deliberate and reach legal judgements independently of national governments.”* - Mary Ellen O’Connell, *International Dispute Settlement*, Asgate Publishing, 2003, páginas 471-472.

um modelo deste tipo possa sempre ser melhorado, o Tribunal de Justiça deve, na nossa opinião, ter em conta que se trata de um modelo negociado bilateralmente numa base de reciprocidade e apreciar, sob este prisma, se esse modelo contém um nível de garantias suficiente” e, que *“importa ter em conta o carácter simultaneamente experimental e evolutivo do mecanismo em análise”*⁵¹⁵. A natureza híbrida é utilizada para justificar a compatibilidade do regime de remuneração dos juízes⁵¹⁶.

Adicionalmente, referindo-se ao acesso por parte das pequenas e médias empresas, o Advogado-geral conclui que os tribunais criados ao abrigo do CETA não têm competência exclusiva para resolver estes litígios. Constituindo um mecanismo alternativo de resolução de litígios, aos investidores assiste sempre a opção de aceder aos órgãos jurisdicionais e beneficiar das garantias processuais dos mesmos⁵¹⁷.

Estes argumentos parecem-nos insuficientes. Em primeiro lugar, não concordamos com a premissa de todo o raciocínio de Yves Bot, de que os mecanismos em análise têm uma natureza híbrida. Como vimos, consideramos que os mesmos têm um fundo judicial, dado que apenas as regras processuais vão buscar alguma inspiração ao processo arbitral. Por outro lado, choca-nos o argumento de que por os mesmos terem uma natureza híbrida, não devem oferecer as mesmas garantias no que toca à independência e imparcialidade⁵¹⁸.

Na verdade, se estas garantias são menos necessárias no âmbito da arbitragem, é pelo facto de a autonomia das partes no litígio prevalecer e de as mesmas poderem tomar uma

⁵¹⁵ Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, parágrafos 244 e 246.

⁵¹⁶ *“Esta dupla composição da remuneração dos membros do tribunal, que inclui uma parte fixa e uma parte dependente da quantidade e da complexidade dos litígios que são submetidos à sua apreciação, é coerente com o carácter híbrido do mecanismo de resolução de litígios instituído”*. - Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, parágrafo 260.

⁵¹⁷ Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 29 de janeiro de 2019, referentes ao Parecer 1/17, ECLI:EU:C:2019:72, parágrafos 252-253: *“Por outro lado, quando os investidores estrangeiros optem, a invés, por demandar o tribunal do CETA, renunciam voluntariamente a demandar os órgãos jurisdicionais das Partes contratantes e, portanto, às garantias processuais neles previstas.”*

⁵¹⁸ De notar que a questão se os mecanismos alternativos de resolução de litígios estão sujeitos ao mesmo nível de exigência de que os tribunais estaduais no que toca às garantias do Estado de Direito e do processo equitativo é debatida por vários autores, especialmente nos Estados Unidos da América. Sobre esta matéria ver Lorna McGregor, *Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR*, in *The European Journal of International Law*, Vol. 26, no. 3, Oxford University Press, Oxford, 2015, página 610 e seguintes, em especial a página 611. A autora salienta que os argumentos giram à volta do facto de a arbitragem ser caracterizada como *“a ‘privatized justice system’ that does not necessarily comply with the standards of justice expected of courts. This critique is advanced on procedural grounds – for example, a lack of transparency, a lack of written decisions in some types of arbitration and, in some arbitrations, a lack of, or very limited, judicial review.”* Pela análise feita na presente dissertação é possível concluir que nenhum destes aspetos se verifica.

série de escolhas e configurar o processo de acordo com a sua vontade, como a escolha do Direito aplicável ao mérito da causa, da designação dos juízes e da criação de uma instância de recurso⁵¹⁹. O novo sistema europeu de tribunais de investimento não oferece esta possibilidade e é configurado de forma unilateral, opondo um Estado e um investidor estrangeiro, em posição de desequilíbrio, daí que as garantias de independência e imparcialidade sejam essenciais, da mesma forma que num tribunal estadual.

A argumentação do Advogado-geral torna-se mais problemática quando refere que estes mecanismos são produto de um processo consensual (de notar que tal se verifica, mas o consenso dá-se entre as partes contratantes do acordo, e não entre as partes do litígio) e que aos investidores assistem outras opções. Estas outras opções são como vimos, o acesso aos tribunais estaduais (que se pressupõe que ofereçam garantias, o que se pode verificar em Estados como os Estados-Membros e o caso específico do Canadá, mas que dizer de outros Estados que possam vir a ser parceiros da União Europeia) e os tribunais internacionais, por via da proteção diplomática, opções que são tão viáveis que justificaram a celebração de centenas de acordos de investimento, tendo em vista a criação de uma opção que permitisse assegurar o direito dos investidores sem que fosse necessário recorrer a estes. O quadro fica finalizado quando salientamos que o Acordo não tem efeito direto e as suas normas substantivas de proteção, apenas podem ser invocadas perante os tribunais que sejam criados ao seu abrigo. Na prática, o investidor não tem outras opções.

As vantagens apontadas a este novo sistema de tribunais de investimento, procuram responder às críticas associadas à arbitragem em geral (procurando trazer uma maior profissionalização, exclusividade e transparência ao processo, ao mesmo tempo que prevê a possibilidade de correção de decisões injustas por via de um sistema de apelação). No entanto, o sistema afasta-se de uma configuração arbitral. Uma das vantagens da arbitragem é o facto de constituir uma alternativa aos tribunais estaduais; as partes

⁵¹⁹ O respeito pela autonomia das partes não tem de ser absoluto e podemos debater se a igualdade de armas deve ser ainda assim assegurada nos mecanismos alternativos de resolução de litígios. Referindo-se ao TEDH, Lorna McGregor refere que “*while the Court can still respect the principles of autonomy and selfdetermination when ADR/PDR is engaged voluntarily, it can contribute to the development and institutionalization of such processes by advancing minimum standards of justice that emphasize participation and equality of arms for all forms of dispute resolution in order to safeguard against the risks identified in the socio-legal, feminist and dedicated ADR/PDR literatures*”. - Lorna McGregor, *Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR*, in *The European Journal of International Law*, Vol. 26, no. 3, Oxford University Press, Oxford, 2015, página 622.

submetem litígios à arbitragem por esse motivo pelo facto de não ter uma natureza judicial.

Cumprir tomar posição sobre se este sistema constitui uma melhor alternativa ao panorama anterior, em que a arbitragem de investimento constituía o paradigma.

Em primeiro lugar, a nova abordagem europeia visa que os litígios com investidores devam ser resolvidos em primeiro lugar em sede dos tribunais estaduais, como foi declarado no suprarreferido “*concept paper*” e nas conclusões de Yves Bot.

Uma regressão ao tempo em que os investidores não dispunham de mecanismos específicos de resolução de litígios, e dispunham apenas dos tribunais estaduais para fazer assegurar os seus direitos, foi proposta pelo Grupo Parlamentar dos Socialistas e Democratas no Parlamento Europeu⁵²⁰, com base no argumento de que, em sistemas jurídicos eficazes onde não há perigo de os órgãos judiciais serem parciais, os mecanismos de resolução de litígios com investidores não são necessários. O grupo parlamentar alega ainda que o Estado de Direito é suficiente garantia para os investidores⁵²¹.

As propostas da União Europeia em muitos casos, como no que toca ao acolhimento das regras da UNCITRAL sobre transparência não vêm inovar, e no que toca à independência dos árbitros, o novo sistema no nosso entendimento acaba por não a garantir. Também uma necessidade de maior consistência nas decisões parece não ser garantida pela nova abordagem, dado que como vimos, tal decorre da ausência de um princípio de precedente. Mesmo a criação de uma segunda instância não resulta necessariamente, numa maior consistência das sentenças.

⁵²⁰ Vide o documento em:

[https://www.socialistsanddemocrats.eu/sites/default/files/S%26D%20Position%20Paper%20on%20Invest or-
state%20dispute%20settlement%20mechanisms%20in%20ongoing%20trade%20negotiations_150304_en.pdf](https://www.socialistsanddemocrats.eu/sites/default/files/S%26D%20Position%20Paper%20on%20Invest%20or%20dispute%20settlement%20mechanisms%20in%20ongoing%20trade%20negotiations_150304_en.pdf)

⁵²¹ Alegando que nem todos os Estados-Membros da União Europeia dispõem de sistemas judiciais eficazes e imparciais, Charles N. Brower. O autor refere a lentidão da Justiça em Portugal, que juntamente com a Itália foi objeto de condenações por parte do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, devido ao facto de a primeira parte do artigo 6.1.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem enunciar que “*Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial*”. - Charles N. Brower, Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration?, in Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Kluwer Law International, Volume 8 Issue 3, 2015, páginas 670-671.

As alterações parecem visar mais uma descaracterização dos mecanismos arbitrais de resolução de litígios com investidores, assim como uma transferência de poder dos investidores de volta para os Estados. Por outro lado, o sistema de resolução de litígios com investidores assenta numa lógica de relações entre Estados. Tal é especialmente visível no facto de a União Europeia não poder ser parte da Convenção CIRDI. A União Europeia tem uma configuração complexa e de difícil definição, encontrando-se entre um Estado Federativo e uma Confederação, não sendo um Estado em sentido clássico, mas também não sendo uma Organização Internacional. O sistema de resolução de litígios com investidores simplesmente não foi configurado para encaixar juridicamente uma entidade como a União Europeia no seu formato atual, e como vimos, a CVDT não nos dá uma solução segura para resolver conflitos que surjam entre o ordenamento jurídico europeu e o sistema de acordos internacionais de investimento, embora estes novos acordos de investimento prevaleçam sobre os acordos anteriormente celebrados pelos Estados-Membros, dado que acordos posteriores revogam acordos internacionais anteriores. Tal explica a nova abordagem europeia, que surge não só para responder às críticas da crise de legitimidade da arbitragem de investimento, mas também para procurar criar um novo sistema de resolução de litígios com investidores, onde a União Europeia se integre e possa intervir nos seus próprios termos. Tendo em conta que metade dos acordos bilaterais de investimento têm como parte contratante um Estado-Membro da União Europeia, o espaço europeu é o terreno ideal para a tentativa de criação de um novo sistema de resolução de litígios com investidores, através da substituição gradual dos acordos de investimentos celebrados entre Estados-Membros e Estados terceiros.

Devemos também salientar o facto de a reforma ter pendido muito mais para uma reconfiguração do sistema, do que para uma limitação do acesso dos investidores à arbitragem de investimento. Tal seria alcançado por via da definição limitativa de conceitos como o de investidor e o de investimento, ou por via da introdução de uma cláusula que estabelecesse como pré-condição de acesso, o esgotamento dos meios de resolução de litígios internos⁵²², como se verifica na doutrina da proteção diplomática,

⁵²² De notar que o costume internacional vai no sentido de o esgotamento dos meios internos ser um requisito de acesso a jurisdições internacionais, e não no sentido de os investidores terem direito ao acesso a um fórum internacional independente como primeira escolha, exceto quando esteja em causa um verdadeiro impedimento de acesso à Justiça. Neste sentido ver Anna Joubin-Bret, Jean E. Kalicki, editado por, *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, Nijhoff International Investment Law Series, Leiden, 2015, páginas 316-319.

em certos acordos bilaterais de investimento e até nas normas de acesso à jurisdição do TEDH.

De notar que estes novos acordos fazem certas remissões em matéria de regras processuais para a Convenção CIRDI e para as Regras da UNCITRAL, mas essas remissões operam em questões específicas. Por outro lado, como vimos, o papel do demandado caberá em princípio à União Europeia, e nesse caso não sabemos ainda como será possível a aplicação da Convenção CIRDI ao processo de resolução do litígio⁵²³. O mesmo raciocínio se pode aplicar à Polónia, o único Estado-Membro que não é membro da Convenção CIRDI.

As consequências são mais gravosas para os investidores europeus que invistam noutro Estado-Membro da União Europeia, dado que para estes criou-se um vazio jurídico, onde antes existiam uma rede de cerca de centenas de acordos bilaterais de investimento que visava garantir-lhes um fórum independente e imparcial de resolução de litígios, e despolitizado, com a possibilidade de escolha equitativa dos árbitros.

A questão que se coloca ainda é até ponto é que deve ser assegurada a possibilidade de acesso à arbitragem de investimento. Como nos diz Christoph Schreuer, os riscos associados ao investimento estrangeiro são consideráveis, mesmo em comparação com o comércio em geral⁵²⁴, e embora a correlação fáctica entre o acesso a mecanismos específicos de resolução de litígios com investidores e o aumento do investimento estrangeiro seja muito difícil de comprovar empiricamente, a mesma decorre de um critério racional. O autor defende, e bem, que a arbitragem de investimento é fundamental para ambas as partes nesse sentido. A mesma linha de raciocínio utilizada pelo autor⁵²⁵ não é específica da arbitragem de investimento, mas podemos alargá-la a qualquer

Ainda que este direito tenha sido consolidado em milhares de acordos de investimento celebrados na última metade de século, ele continua a ser uma exceção à regra costumeira. Dificilmente podemos invocar por isso a base costumeira deste direito.

⁵²³ Quanto a este ponto, Freya Baetens refere que nos casos em que a União Europeia intervenha como demandado e que as partes remetam para as regras CIRDI, o Secretariado CIRDI pode servir apenas como centro institucional, sendo aplicadas outras regras processuais à resolução do litígio, como as regras arbitrais do Tribunal Permanente de Arbitragem. Tal retiraria sentido à remissão das partes para as regras processuais da Convenção CIRDI no nosso entendimento. - Freya Baetens, *The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 43, no. 4, Kluwer Law International, Países Baixos, 2016, página 369.

⁵²⁴ Anna Joubin-Bret, Jean E. Kalicki, editado por, *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, Nijhoff International Investment Law Series, Leiden, 2015, página 879.

⁵²⁵ Anna Joubin-Bret, Jean E. Kalicki, editado por, *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, Nijhoff International Investment Law Series, Leiden, 2015, páginas 879-889.

mecanismo de resolução de litígios, adjudicatório e jurisdicional, independente e imparcial, que constitua uma alternativa aos tribunais estaduais.

As regras da Convenção CIRDI e a arbitragem de investimento, constituem o meio de resolução de litígios mais favorável não necessariamente ao investidor, mas à parte vencedora do litígio. A Convenção de Washington prescreve uma regra de reconhecimento automático da sentença arbitral, em que o litígio é decidido no âmbito de uma jurisdição independente, pois de outra forma caberia aos tribunais estaduais, sendo diretamente aplicadas no litígio as normas dos instrumentos internacionais, não sendo necessária a transposição para o Direito interno.

Por outro lado, a criação de um tribunal multilateral de investimento⁵²⁶ parece concretizável apenas num plano longínquo, quando os principais parceiros da União Europeia se parecem opor a este projeto.

Podemos levantar ainda a questão da existência de um direito aos mecanismos alternativos de resolução de litígios, que assiste especificamente aos investidores estrangeiros, com base numa possível norma costumeira internacional. Neste caso concreto faz talvez sentido falar num direito a mecanismos alternativos de resolução de litígios, dada a natureza dos litígios com investidores. Face a um sistema de justiça que não ofereça garantias suficientes, quer por ser insipiente (não será o caso dos sistemas jurisdicionais europeus), ou por não garantir a independência e a imparcialidade dos juízes. O direito ao acesso à justiça é um direito consagrado a nível do Direito Nacional, Europeu e Internacional Público, ao nível dos Direitos do Homem. O direito a mecanismos alternativos de resolução de litígios poderá ser assim um feixe dentro do direito mais abrangente do direito ao acesso à Justiça.

Ao nível estadual, a previsão de mecanismos alternativos de resolução de litígios tem por base o desejo de uma resolução mais célere dos processos e um maior conhecimento por parte dos árbitros sobre as matérias em causa, e não a necessidade de garantir o direito fundamental ao acesso à Justiça. Possibilita também que o litígio seja decidido por critérios escolhidos pelas partes, e não necessariamente por critérios normativos. As partes podem assim acordar submeter o litígio a um meio de resolução mais flexível, e cabe ao poder legislativo definir os litígios em que, por o interesse público prevalecer, as

⁵²⁶ Ver http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_trade_024_court_on_investment_en.pdf

partes não podem submeter aos mecanismos alternativos de litígios. Falamos aqui de arbitrabilidade, enquanto produto de uma ponderação por parte do legislador, entre o princípio da legalidade e o interesse público de realização da Justiça e a liberdade das partes de escolher um mecanismo de resolução de litígios que mais se adegue à sua vontade, quer seja o recurso aos tribunais estaduais, quer seja o acesso a mecanismos alternativos de resolução de litígios. Os litígios arbitráveis são assim litígios onde o legislador entendeu que deveria prevalecer a liberdade de escolha das partes.

No caso da arbitragem de investimento o panorama é diferente, dado que não tem subjacente meras preferências por um processo mais célere, juízes mais especializados ou a aplicação voluntária de normas jurídicas ao mérito da causa. Os mecanismos de resolução de litígios específicos com investidores fundamentam-se não na liberdade de escolha das partes, mas no próprio direito fundamental ao acesso à Justiça e a um tribunal independente e imparcial. Como vimos (pressupondo que o Estado recetor não celebrou um contrato de Estado que inclua uma cláusula arbitral), sem a existência destes mecanismos restam apenas três opções aos investidores: demandar o Estado recetor do investimento nos seus tribunais; esperar que o Estado de origem demande o Estado recetor num tribunal internacional por via da proteção diplomática; demandar o Estado recetor nos tribunais do Estado de origem e esperar que o mesmo renuncie à sua imunidade. Estas opções podem não garantir o direito fundamental ao acesso a um tribunal independente e imparcial. Na primeira opção, o litígio será decidido por tribunais do Estado demandado. Na segunda opção, a resolução do litígio dependerá da boa vontade do Estado de origem e do cumprimento de requisitos muito exigentes. Por fim, a terceira opção depende da vontade do Estado recetor de renunciar à sua imunidade.

Talvez num plano nacional, como o ordenamento jurídico português, não faça sentido inferir do direito fundamental ao acesso à Justiça uma posição jurídica de um direito a mecanismos alternativos de resolução de litígios, porque a inexistência de opção por esses mecanismos, não priva os cidadãos do acesso a um tribunal independente e imparcial. Mas no âmbito dos litígios com investidores tal não se verifica, porque sem eles as suas posições jurídicas não são garantidas pelos restantes métodos de resolução de litígios que se lhes encontram disponíveis.

De notar que se verifica a existência de jurisdições como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, entre outros, que permitem aos cidadãos demandar diretamente os Estados,

desde que esgotados os meios internos; no caso da proteção das posições jurídicas dos investidores não, daí que se tenham desenvolvido mecanismos específicos. Além disso, a História mostra que o investimento estrangeiro é especialmente suscetível de ser afetado pelo Estado recetor, muito mais do que meros cidadãos individualmente, especialmente tendo em conta a atual ascensão de movimentos nacionalistas e antiglobalização. Invocando um argumento de cariz prático, e não jurídico, a existência destes mecanismos é também muito importante para o Estado recetor do investimento, dado que tornam o investimento estrangeiro mais atrativo.

Podemos contrapor invocando que a posição assumida pelas instituições europeias é legítima, que permite aproximar o sistema de resolução de litígios com investidores de valores constitucionais, como o Estado de Direito, a Democracia e a proteção do interesse público. O investimento estrangeiro é positivo para as sociedades, e em último caso não se trata apenas de salvaguardar um privilégio de foro de empresas multinacionais, mas garantir a todas as pessoas, sejam coletivas ou singulares (dado que o conceito de investidor não o distingue), quer tenham um elevado poderio económico quer não, o acesso a um processo equitativo e que contribui para o bem comum, dado que torna o investimento estrangeiro mais apetecível.

Como nos dizem Liang-Ying Tan e Amal Bouchenaki⁵²⁷, *“access to a neutral system of dispute resolution of investor-State disputes applying international law depends primarily on States’ continued willingness to subject themselves to ISDS. Such willingness is more the subject of a political than a legal analysis”*. A Doutrina tende assim, a não discutir se existe uma obrigação de os Estados preverem mecanismos alternativos de resolução de litígios para os investidores, dado que a submissão a uma jurisdição depende do seu consentimento enquanto entidades soberanas.

Em sede do direito a que o processo seja julgado por um tribunal independente e imparcial, o conceito de tribunal tem sido interpretado pelo TEDH de forma a abranger também jurisdições que se situem fora do sistema jurisdicional estadual, como é o caso dos tribunais arbitrais (*vide* o Caso *Lithgow*, de 8 de julho de 1986). A independência e imparcialidade do mesmo é garantida por via do corpo de normas que regule os direitos

⁵²⁷ Anna Joubin-Bret, Jean E. Kalicki, editado por, *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, Nijhoff International Investment Law Series, Leiden, 2015, página 308.

e os deveres dos juízes (*vide* o Caso *Piersack* de 1 de outubro de 1982 e Caso *Ettl et autres*, de 23 de abril 1987).

De notar que o sistema europeu de proteção dos direitos dos particulares é considerado o mais eficaz a nível global. O que nos leva a questionar o porquê desta alteração de panorama. Como vimos, é verdadeiramente a salvaguarda do direito a regular que se justifica a nova configuração de mecanismos de resolução de litígios nos acordos de investimento da União Europeia.

No nosso entendimento, poderemos estar perante uma afetação ao direito dos investidores de acederem a um processo independente, imparcial e eficaz. Como vimos na análise que fizemos sobre os mecanismos de resolução de litígios com investidores, existem alternativas à arbitragem de investimento, estas apenas não são viáveis.

O que distingue os litígios que tratamos, é desde logo o facto de oporem um Estado soberano a um particular, geralmente com base na violação de parâmetros de proteção estabelecidos em sede de um acordo internacional. O particular, que pode ser uma pessoa singular ou uma pessoa coletiva, não pode aceder diretamente ao Tribunal Internacional de Justiça ou ao Sistema de Resolução de Litígios da OMC sem a intermediação do Estado de origem, e como vimos, desde que se encontrem reunidos os requisitos exigentes da proteção diplomática. Também o acesso a jurisdições como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem se mostra difícil e demorosa. Por outro lado, a imunidade diplomática dos Estados soberanos impede-o de demandar o Estado recetor do investimento nos seus tribunais estaduais. Resta-lhe demandar o Estado nos tribunais estaduais do mesmo.

Tal era o ponto de situação quando surgiu o sistema de resolução de litígios com investidores, baseado nos mecanismos alternativos de resolução de litígios, como a arbitragem, e que agora se encontra em risco no espaço europeu. Como referimos *supra*, são as próprias especificidades dos litígios com investidores que justificavam que existissem mecanismos próprios de resolução de litígios.

De forma assumida ou não, a abordagem da União Europeia vem pôr em causa esse direito que assistia aos investidores europeus e estrangeiros que invistam, e que ao fim de décadas se encontrava consolidado em acordos internacionais celebrados entre Estados-Membros e Estados terceiros. No nosso entendimento, e com base na especificidade que apresentam os litígios com investidores, podemos por isso colocar a hipótese de um

direito dos investidores estrangeiros a mecanismos alternativos de resolução de litígios⁵²⁸, enquanto concretização do direito a um processo equitativo, consagrado a nível das Constituições dos Estados-Membros, do Direito primário da União Europeia e do Direito Internacional Público.

Cumpre tomar posição relativamente ao facto de a limitação ser legítima. Estamos perante uma ponderação feita entre a salvaguarda do direito dos Estados a regular (pressupondo que tal é a melhor forma de proteger o interesse público) e o direito dos investidores europeus e estrangeiros ao acesso a mecanismos alternativos de litígios que lhes garantam um processo independente, imparcial e eficaz.

A ponderação é feita com base em duas premissas: a primeira é a de que nos Estados-Membros na União Europeia e por sua vez, nos tribunais estaduais de Estados terceiros com os quais a União Europeia celebre acordos de investimento, todos os tribunais estaduais operam de forma a que o Estado de Direito vigore de forma efetiva e que as posições jurídicas dos investidores estrangeiros são salvaguardadas pelo sistema jurisdicional. Na prática tal pode não se verificar.

Refutando a primeira premissa, em regra, a resolução de litígios opera junto dos tribunais que integram a estrutura judicial de um Estado, e não por via dos chamados mecanismos alternativos de resolução de litígios. Tal é o produto de séculos de evolução do processo civil que culminou na conceção de que, *“A acção cinde-se do processo e a este é atribuído um fim publicístico, de actuação da lei, ainda que se resolva, em última análise, na satisfação de um interesse privado”*, como nos diz Luís Correia de Mendonça⁵²⁹.

⁵²⁸ De notar que este direito não é extensível a situações de diferente índole. Num plano estritamente interno onde não tenhamos uma situação com elementos estrangeiros, não podemos falar num direito geral a mecanismos de resolução alternativa de litígios, dado que é o facto de nos litígios de investimento estarem sempre em causa entes estrangeiros, que coloca em causa a independência e imparcialidade do sistema jurisdicional estadual. Mesmo no caso de entes estrangeiros que decidam demandar um Estado junto dos seus tribunais, não cremos que tal direito lhes assista. As violações de direitos dos estrangeiros por via de intervenção estadual, têm já tribunais especializados, como se verifica com o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, ainda que o acesso dependa do esgotamento dos meios internos. Defendemos ainda assim, que este direito não possa ser extensível a outro tipo de situações pelo facto de, o risco de intervenção estadual nociva ser muito superior quando existe um investimento, do que outros casos. De notar que um Estado tem muito mais interesse em adotar um ato como uma nacionalização de meios de produção (o ato que classicamente motivou o desenvolvimento deste sistema de proteção de investidores estrangeiros), do que a ofender direitos de indivíduos.

⁵²⁹ Luís Correia de Mendonça, *Vírus Autoritário e Processo Civil*, in Julgar, n.º 1, 2007, página 71. De notar que na presente dissertação, não tomamos posição sobre se o modelo processual vigente em Portugal assume uma natureza autoritária. O que efetivamente releva para a mesma, é o facto de apenas em sede de mecanismos alternativos de litígios, o controlo do processo pertence às partes e não tem necessariamente de procurar a descoberta da verdade material, mas a satisfação das partes.

Prevalece assim atualmente, uma conceção publicística do processo em que às partes assiste o impulso inicial do processo, mas toda a condução do mesmo se situa fora da sua esfera de controlo⁵³⁰, pois em última instância, o mesmo visa não necessariamente a satisfação das partes, mas o interesse público⁵³¹, através do cumprimento da legalidade⁵³², dado que ao juiz cabe a indagação da verdade material⁵³³. Esta prevalência não é um fenómeno especificamente português, mas europeu⁵³⁴.

As partes atribuem poderes a um terceiro para dirimir o litígio, pois prevalece o entendimento de que é necessário o distanciamento que assiste a um terceiro. O desenvolvimento dos mecanismos alternativos de resolução de litígios, vem introduzir uma nova conceção de administração da Justiça, onde o controlo é dado às partes em detrimento da figura do terceiro, do juiz.

Como nos dizem Joana Campos Carvalho, Jorge Morais Carvalho e João Pedro Pinto-Ferreira, “*a inexistência de mecanismos adequados para fazer aplicar as normas jurídicas materiais nacionais e europeias torna praticamente irrelevante essas mesmas normas jurídicas*”⁵³⁵. Sobre litígios de consumo, os autores salientam ainda que a “*tendencial desigualdade que caracteriza as relações jurídicas de consumo – em que o*

⁵³⁰ José Igreja de Matos fala-nos de como no século XIX prevaleceu uma conceção liberal de processo civil, “*caracterizada pelo princípio do dispositivo, pelo monopólio exclusivo das partes na determinação do objecto do processo e pela inexistência do poder material do juiz em sede de aquisição probatória para influir no conteúdo da sentença em homenagem aos princípios da imparcialidade e à sua qualidade de terceiro, o século passado identifica-se com um forte aumento do poder do juiz, muito por força de uma dada concepção ideológica da sociedade própria dos regimes políticos caracterizados pelo autoritarismo, quando não pelo totalitarismo*”. - José Igreja Matos, O Juiz e o Processo Civil (Contributo para um debate necessário), in Julgar, n.º 2, 2007, página 90.

⁵³¹ Como nos diz Mariana França Gouveia, contrapondo os princípios do dispositivo e do inquisitório em sede do processo civil português, “*O princípio do dispositivo, na sua versão pura, estabelece que o processo é campo exclusivo das partes. Fundando-se na ideia de que o litígio civil é privado, que faz parte da autonomia privada, a intervenção do magistrado não pode nunca envolver-se naquilo que só a estas pertence. Já o inquisitório pressupõe que também o interesse público está em causa no litígio privado, quer na protecção da parte mais fraca, quer na efectiva aplicação do direito, ou melhor, da justiça*”. - Mariana França Gouveia, Os poderes do juiz cível na acção declarativa, in Julgar, n.º 1, 2007, página 48.

⁵³² De notar que, a nossa Consituição defende os tribunais como órgãos de soberania com competência para administrar a Justiça em nome do povo, no n.º 1 do artigo 202.º. Sobre a possibilidade de evolução para um modelo de garantismo processual, mais focado na garantia das situações subjetivas particulares por via da “*superação da ideia objectiva e juspublicista da jurisdição*”, vide Luís Correia de Mendonça, Vírus Autoritário e Processo Civil, in Julgar, n.º 1, 2007, página 72 e seguintes.

⁵³³ “*Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer*”, como enuncia o artigo 411.º, do Código de Processo Civil Português.

⁵³⁴ Neste sentido, ver José Igreja Matos, O Juiz e o Processo Civil (Contributo para um debate necessário), in Julgar, n.º 2, 2007.

⁵³⁵ Joana Campos Carvalho, Jorge Morais Carvalho, João Pedro Pinto-Ferreira, Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo, Almedina, Coimbra, 2019, página 14. De notar que a obra incide sobre litígios de consumo, mas a afirmação releva para feitos de litígios de investimento de igual forma.

*profissional tem mais poder do que o consumidor – conduz a adoção de normas protetoras de uma das partes, que visam a redução das disparidades e a consequente reposição do equilíbrio negocial” e que, os “litígios ligados a estas relações também têm características próprias, que reclamam a adoção de soluções diferentes, garantindo o acesso à justiça por parte do elo tendencialmente mais fraco da relação. Está em causa não apenas o acesso formal à justiça, mas também – e fundamentalmente – a garantia do acesso efetivo por parte do consumidor quando entende que foi violado algum dos seus direitos”*⁵³⁶. Decerto que nos litígios de investimento, os investidores geralmente não partem de uma posição de desvantagem económica e o litígio não assume um custo económico reduzido, dois dos elementos que justificam o desenvolvimento de mecanismos alternativos de resolução de litígios de consumo, mas a argumentação é transponível para os litígios com investidores. Também os investidores são o elo mais frágil da relação e, foi com base no acesso à justiça, que se desenvolveu o sistema específico de resolução de litígios com investidores. Se podemos referir a necessidade de que existam mecanismos específicos de resolução de litígios pelo desequilíbrio que existe entre consumidor e profissional, que dizer das relações de investimento, que opõem Estados soberanos e investidores estrangeiros que podem ser pessoas singulares ou coletivas?

De notar que os fundamentos invocados pela União Europeia para a reformulação dos mecanismos de resolução de litígios com investidores, nos levam a questionar se a mesma visa a introdução de um critério de arbitrabilidade⁵³⁷ nos litígios de investimento, dado que foi invocado que o paradigma anterior estava a pôr em causa o direito a regular dos Estados e a inadmissibilidade de que, uma jurisdição privada possa pôr em causa os poderes de regulação estadual e a prossecução do interesse público.

Quanto à segunda premissa, esta consiste no facto de as críticas aos mecanismos específicos de resolução de litígios que constituíam o paradigma, nomeadamente, a arbitragem de investimento, são fundadas, e que os mesmos não oferecem garantias de um processo equitativo. Tivemos oportunidade de nos pronunciar e o nosso entendimento

⁵³⁶ Joana Campos Carvalho, Jorge Morais Carvalho, João Pedro Pinto-Ferreira, Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo, Almedina, Coimbra, 2019, página 44.

⁵³⁷ Arbitrabilidade não é mais do que a qualidade de um litígio poder ser submetido ao poder jurisdicional dos árbitros, considerando o objeto do litígio e a natureza das partes (arbitrabilidade objetiva e arbitrabilidade subjetiva, respetivamente).

é o de que o argumento de que estes mecanismos são parciais, acaba por não ser baseado em factos dadas as estatísticas relativas ao resultado das decisões arbitrais.

Não tomaremos uma posição definitiva sobre a questão de o direito ao acesso à Justiça estar a ser posto em causa dado que, tal careceria de um aprofundamento que uma dissertação de mestrado não permite. Deixamos assim em aberto a questão levantada e procuramos concluir fazendo apenas algumas considerações sobre este tema.

10. CONCLUSÃO

Concluída a análise delimitada na introdução da presente dissertação, cumpre salientar as principais conclusões:

- Aos investidores estrangeiros assistem vários mecanismos de resolução de litígios, podendo os mesmos ser classificados entre meios jurisdicionais e não jurisdicionais.
- Quando falamos da relação entre os mecanismos de resolução de litígios com investidores e a ordem jurídica europeia, está em causa a coordenação entre o princípio do primado, a divisão de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros e o dever de suprir incompatibilidades que se verifiquem entre os tratados e outros acordos internacionais. Pela celebração de um acordo de investimento, as partes ficam obrigadas a cumprir as obrigações nele previstas, tendo em conta o princípio geral de direito da *pacta sunt servanda*, sendo que por um lado, o princípio do primado obriga os Estados-Membros a dar prevalência ao Direito da União Europeia.
- Este conflito potencial apenas se verifica com os meios jurisdicionais, onde a decisão vincula as partes. Entre os meios não jurisdicionais, ou diplomáticos, surgem a mediação e a conciliação, onde as partes adjudicam o processo de resolução do litígio a um terceiro, cuja decisão não obriga as partes do litígio.
- Por sua vez, os meios jurisdicionais dividem-se entre a resolução por via dos tribunais estaduais, tribunais de Direito Internacional Público e tribunais arbitrais, ou a arbitragem de investimento.
- O recurso dos investidores estrangeiros aos tribunais judiciais, quer estaduais, quer internacionais, afigurou-se como problemático pelas dificuldades de acesso (baseadas nos requisitos exigentes da proteção diplomática e do princípio da imunidade dos Estados) e pelas reduzidas garantias de independência do processo de resolução, no caso dos tribunais estaduais do Estado recetor do investimento.
- Pelos motivos apontados, a arbitragem de investimento tornou-se o paradigma em sede da resolução de litígios com investidores, na sequência da celebração de milhares de acordos de investimento que preveram o direito do investidor de aceder à arbitragem de investimento.

- A arbitragem de investimento é uma forma de arbitragem que trata da resolução de litígios relacionados com um investimento, entre um Estado que recebe o investimento e o investidor estrangeiro, ao abrigo de um contrato de Estado, e mais frequentemente, de um tratado bilateral de investimento ou de um tratado multilateral.
- Até recentemente, a relação entre o Direito da União Europeia e a inclusão de cláusulas arbitrais em sede de acordos de investimento, não levantava especial problema dado que os Estados-Membros sempre contrataram a título individual, atuando no âmbito das suas competências externas próprias.
- No panorama atual, podemos identificar alguns possíveis conflitos entre a criação de mecanismos de resolução de litígios com investidores em sede de acordos internacionais e o regime vigente de Direito da União Europeia: a competência para celebrar acordos internacionais; e a atribuição de jurisdição ao tribunal arbitral.
- Quanto à competência para celebrar acordos internacionais sobre investimento estrangeiro direto, esta é uma competência exclusiva da União Europeia. No entanto, acordos de investimento que incidam sobre investimento indireto, ou que procedam à criação de um regime de resolução de litígios de investimento entre os investidores e os Estados serão acordos mistos. Estes acordos colocam-se fora do âmbito das competências exclusivas da União, e terão de ser celebrados pela União Europeia e pelos Estados-Membros em simultâneo.
- No nosso entendimento, dificilmente podemos concluir que a atribuição de jurisdição a tribunais arbitrais nas relações de investimento, colida com a competência exclusiva do TJUE.
- À partida, não vemos obstáculos a que seja admissível o reenvio prejudicial na arbitragem de investimento na linha da jurisprudência citada do TJUE, quando as partes não possam optar pela equidade. Em sentido contrário, podemos invocar que a arbitragem de investimento não deixa de ser uma arbitragem voluntária, mas o TJUE tem entendido que o requisito da jurisdição compulsória se encontra também preenchido quando não exista um sistema de apelação. Estas conclusões são meramente tendenciais, dado que apenas casuisticamente é possível aferir se os requisitos desenvolvidos na jurisprudência do TJUE se encontram reunidos.

- No nosso entendimento, a atribuição de jurisdição aos tribunais arbitrais na arbitragem de investimento, não atribui por si qualquer direito substantivo às partes e por isso a celebração de um acordo de investimento não conduz no nosso ver, a uma situação de discriminação entre investidores que atuem no Mercado Interno.
- Verificando-se uma incompatibilidade entre a ordem jurídica europeia e um acordo de investimento celebrado entre Estados-Membros, o Direito da União Europeia prescreve a sua prevalência sobre este, tendo em conta o princípio do primado. O Estado-Membro tem assim o dever de incumprir tanto o acordo como as sentenças arbitrais desconformes.
- Quanto aos acordos celebrados entre Estados-Membros e Estados terceiros, a ordem jurídica europeia dita que os Estados devem suprir as incompatibilidades, não prescrevendo a invalidade de tratados celebrados anteriormente à adesão à União Europeia. Os acordos de investimento celebrados pelos Estados Membros antes de 1 de dezembro de 2009 vigoram até à conclusão de um novo acordo entre a União Europeia e o Estado terceiro. Os acordos assinados entre 1 de dezembro de 2009 e 9 de janeiro de 2013 são mantidos em vigor. Por fim, os Estados-Membros podem (com a autorização da União) celebrar novos acordos após 9 de janeiro de 2013.
- O desrespeito do disposto num acordo de investimento (dando prevalência à ordem jurídica europeia), tem consequências ao nível da responsabilidade internacional do Estado e ao nível da pressão política por parte do Banco Mundial.
- A solução dada pelo Direito Internacional Público é diferente, discutindo a Doutrina e a Jurisprudência a aplicação dos seguintes artigos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados: o Artigo 27º, o Artigo 30º, o Artigo 31º e o Artigo 59º. No nosso entendimento não são aplicáveis os artigos 27º, 30º ou 59º da CVDT. Ao abrigo do Direito Internacional Público não existe uma norma que prescreva a obrigação do Estado dar prevalência à ordem jurídica europeia, em detrimento dos acordos de investimento, nem o contrário. Na falta de uma norma de Direito Internacional que resolva a incompatibilidade, podemos também ter em conta a vontade das partes, que foi expressa pela celebração de um acordo posterior (o acordo de adesão) que inclui uma norma que resolve a

incompatibilidade e que dá prevalência à ordem jurídica europeia com base na jurisprudência do TJUE.

- O desrespeito da ordem jurídica europeia (dando prevalência ao acordo de investimento), tem consequências ao nível da possibilidade de a Comissão Europeia iniciar procedimentos contra o Estado por incumprimento dos tratados.
- O Caso *Micula v. Romania*, demonstra que na prática uma sentença arbitral considerada desconforme com a ordem jurídica europeia, pode sofrer uma oposição forte por parte da Comissão em todas as fases do procedimento arbitral, assim como na fase da sua execução.
- Com base nas competências adquiridas com o Tratado de Lisboa, a União Europeia procedeu à negociação de acordos de investimento que incluem mecanismos de resolução de litígios de configuração inovadora.
- Tanto o Acordo CETA como o projeto do Acordo TTIP, mostram um afastamento do modelo tradicional da arbitragem de investimento e uma aproximação a um sistema judicial. Ambos procuram responder à crise de confiança na arbitragem de investimento, e o sistema de resolução de litígios proposto pode pôr em causa a arbitragem como uma verdadeira alternativa aos tribunais estaduais no âmbito da arbitragem de investimento na União Europeia.
- Na sequência do Caso *Achmea*, o TJUE concluiu os acordos de investimento celebrados entre Estados-Membros são incompatíveis com a ordem jurídica europeia.
- No nosso entendimento, o novo sistema europeu de tribunais de investimento implica a criação de tribunais de natureza judicial, e não arbitral, especialmente tendo em consideração a criação de uma instância de recurso, a forma de designação dos juízes e o Direito aplicável ao mérito da causa. Verifica-se que nenhum destes elementos é configurado pelas partes do litígio.
- Em sede da arbitragem de investimento, considerando a definição do estatuto da arbitragem da decisão do mérito da causa, a ordem jurídica europeia é em simultâneo internacional e nacional, sendo aplicável ao mérito da causa pelas duas vias, quando a norma relativa ao Direito aplicável ao mérito da causa do acordo, remeta para o Direito Estadual, ou para o Direito Internacional, ainda que de forma indireta.

- Quando as partes não acordem quanto ao Direito aplicável, somos do entendimento que os princípios fundamentais de Direito Internacional se incluem no estatuto da arbitragem, assim como o Direito do Estado contratante. O Direito da União Europeia inclui-se desde logo no Direito estadual. No entanto, o Direito aplicável ao mérito da causa, está sempre dependente do Direito escolhido pelas partes quando o acordo de investimento em causa dite que a escolha das partes prevalece. Não remetendo as partes para a ordem jurídica europeia ou para uma ordem jurídica estadual que a integre, o tribunal tem o dever jurídico de seguir a escolha das partes.
- No novo sistema europeu de tribunais de investimento, as normas internacionais são necessariamente aplicáveis ao mérito da causa, afigurando-se estes tribunais como tribunais judiciais internacionais, similarmente ao que se verifica no sistema de resolução de litígios da OMC.
- Este sistema proposto pelos acordos referidos, levanta questões quanto à relação destes novos tribunais europeus de investimento com o Tribunal de Justiça da União Europeia. Podemos questionar também como será possível a compatibilização da criação de um sistema de apelação com o disposto com os princípios arbitrais consagrados em normas da Convenção CIRDI e da UNCITRAL, dos quais a União Europeia não é parte.
- O futuro do TTIP é duvidoso, tendo em conta os últimos desenvolvimentos políticos nos Estados Unidos da América, embora o Acordo CETA se encontre já em vigor.
- O problema clássico nos mecanismos de resolução de litígios de investimento, é a procura do equilíbrio entre a proteção dos direitos do investidor e o interesse público do Estado recetor do investimento. Os últimos desenvolvimentos no que toca à relação com o Direito da União Europeia, demonstram que além destes dois interesses surge um terceiro que também deve ser tido em conta: o princípio do primado da ordem jurídica europeia.
- Por outro lado, os novos acordos de investimento celebrados pela União Europeia levam-nos a questionar se estamos perante o fim da arbitragem de investimento quando estejam em causa Estados-Membros.

- Somos do entendimento de que, os mesmos visam que a União Europeia tenha um maior controlo sobre a resolução de litígios de investimento e que prejudicam a posição dos investidores.
- Por fim, concluímos que o novo sistema europeu de tribunais de investimento não constitui um verdadeiro mecanismo alternativo de resolução de litígios e que potencialmente pode pôr em causa o direito de acesso à Justiça por parte dos investidores.

Bibliografia

- Ahern, William, Khayat, Dany, Chapter 21: Enhancing the Appeal of Conciliation under the ICSID Convention, *in* Crina Baltag, ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues, Kluwer Law International, 2016;
- Baetens, Freya, The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges, *in* Legal Issues of Economic Integration, 43, no. 4, Kluwer Law International, Países Baixos, 2016;
- Balthasar, Stephan, Investment Protection in Europe: International Investment Treaties, the European Convention on Human Rights and the Need for Reform at EU Level, *in* Jörg Risse, Günter Pickrahn, et al. (eds), SchiedsVZ, German Arbitration Journal, Kluwer Law International, Volume 16 Issue 4, 2018;
- Banifatemi, Yas, The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration (Chapter 9), *in* Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues, Yannaca-Small, Katia (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2010;
- Banifatemi, Yas, Gaillard, Emmanuel, The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process, *in* ICSID Review, 18, 2003;
- Barrocas, Manuel Pereira, Manual de Arbitragem, Almedina, Coimbra, 2013;
- Basedow, Jürgen, EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International Volume 32 Issue 4, 2015;
- Bedoya, Fernando, Ramírez, José Luis, Un sistema de corte permanente como alternativa al arbitraje de inversión Ventajas y desventajas, *in* Revista del Club Español del Arbitraje, Wolters Kluwer España, Volume 2016, Issue 26, 2016;
- Bentolila, Dolores, Arbitrators as Lawmakers, International Arbitration Law Library, Volume 43, Kluwer Law International, 2017;
- Bernardini, Piero, The European Union's Investment Court System – A Critical Analysis, *in* Matthias Scherer (ed), ASA Bulletin, Association Suisse de l'Arbitrage, Volume 35, Issue 4, Kluwer Law International 2017;

- Blackaby, Nigel, Hunter, Martin, Partasides, Constantine, Redfern, Alan, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, Londres, 2004;
- Brower, Charles N., Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration?, *in* Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Kluwer Law International, Volume 8 Issue 3, 2015;
- Burgstaller, Markus, Capítulo 15: Recognition and Enforcement of ICSID Awards: The ICSID Convention and the European Union', *in* Baltag, Crina , ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues, Kluwer Law International, 2016;
- Burgstaller, Markus, Parte IV, Capítulo 19: European Law Challenges to Investment Arbitration, *in* Kaushal, Asha, Waibel, Michael, The Backlash against Investment Arbitration, Kluwer Law International, 2010;
- Carreteiro, Mateus Aimoré, Appellate Arbitral Rules in International Commercial Arbitration, *in* Journal of International Arbitration, Volume 33, Issue 2, Kluwer Law International, 2016;
- Carvalho, Joana Campos, Carvalho, Jorge Morais, Pinto-Ferreira, João Pedro, Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo, Almedina, Coimbra, 2019;
- Chalmers, Damian, Davies, Garreth, Monti, Giorgio, European Union Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2014;
- Clasmeier, Maximilian, Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law, *in* International Arbitration Law Library, Volume 39, Kluwer Law International, 2016;
- Cordeiro, António Menezes, Tratado da Arbitragem, Almedina, Coimbra, 2016;
- Dimopoulos, Angelos, The validity and applicability of international investment agreements between EU member states under EU and international law, *in* Common Market Law Review, Kluwer Law International, volume 48, 2011;
- Duarte, Tiago, As fronteiras do Direito Público e a arbitragem internacional de protecção de investimentos, *in* Scientia Iuridica, Tomo LX, Número 326, Universidade do Minho, Graba, 2011;

- Eilmansberger, Thomas, Bilateral Investment Treaties and EU Law, *in* Common Market Law Review, volume 46, Kluwer Law International, 2009;
- Eilmansberger, Thomas, Capítulo V: Investment Arbitration – Bilateral Investment Treaties and EU Law, *in* Zeiler, Gerold, Welser, Irene, Austrian Arbitration Yearbook on International Arbitration, Volume 2009, 2009;
- Fecák, Tomáš, International Investment Agreements and EU Law, Kluwer Law International, 2016;
- Fernandes, Luís Carvalho, Dos recursos em processo arbitral, *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura, Coimbra Editora, Coimbra, 2003;
- Ferreira, Ricardo do Nascimento, A "judicialização" do sistema de ISDS no TTIP, *in* Revista internacional de arbitragem e conciliação, A. 8, nº especial (2015), Coimbra, 2015;
- Fox, Hazel, The Law of State Immunity, Oxford University Press, Oxford, 2008;
- Ghouri, Ahmad, Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, Volume 32, 2015;
- Gouveia, Jorge Bacelar, Manual de Direito Internacional Público: Uma Perspetiva de Língua Portuguesa, Almedina, Coimbra, 2017;
- Gouveia, Mariana França, Curso de Resolução Alternativa de Litígios, Almedina, Coimbra, 2014;
- Gouveia, Mariana França, Os poderes do juiz cível na acção declarativa, *in* Julgar, n.º 1, 2007;
- Huerta-Goldman, Jorge A., Ramanetti, Antoine, Stirnimann, Franz X., editado por, WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration, Wolters Kluwer, Global Trade Law Series, 2013;
- Kende, Tamás, Arbitral Awards Classified as State Aid under European Union Law, *in* ELTE Law Journal, volume 43, 2015;
- Jaime, Margie-Lys, An appellate body in Treaty-Based Investment Arbitration: redefining the Investor-State Dispute Settlement Mechanism, *in* Revista del Club Español del Arbitraje, Club Español del Arbitraje, Volume 2014, Issue 21, Wolters Kluwer, 2014;

- Joubin-Bret, Anna, Kalicki, Jean E., editado por, *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, Nijhoff International Investment Law Series, Leiden, 2015;
- Kjos, Hege Elisabeth, *Applicable Law in Investor-State Arbitration*, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2013;
- Levine, Eugenia, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, *in* *Berkeley Journal of International Law*, Volume 29, Issue 1, 2011;
- Licková, Magdalena, *European Exceptionalism in International Law*, *in* *European Journal of International Law*, Volume 19, nº3, 2008;
- Lourie, Greg, Chapter IV: Investment Arbitration, Diplomatic Protection Under the State-to-State Arbitration Clauses of Investment Treaties', *in* Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2015*, Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2015;
- Love, Ben, Stevens, Margrete, *Investor-State Mediation: Observations on the Role of Institutions*, *in* *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, Vol. 3, 2010;
- Markert, Lars, Wilske, Stephan, Chapter 4, §4.02: The Use of Diplomatic Channels, *in* Günther J. Horvath and Stephan Wilske (eds), *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013;
- Matos, José Igreja, *O Juiz e o Processo Civil (Contributo para um debate necessário)*, *in* *Julgar*, n.º 2, 2007;
- McGregor, Lorna, *Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR*, *in* *The European Journal of International Law*, Vol. 26, no. 3, Oxford University Press, Oxford, 2015;
- Mesquita, Maria José Rangel de, *Justiça Internacional, Lições*, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010;
- McLachlan, Campbell, *Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework*, *in* Jan van den Berg, Albert, *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, Volume 14, Kluwer Law International, 2009;

- Mendonça, Luís Correia de, Vírus Autoritário e Processo Civil, *in* Julgar, n.º 1, 2007;
- Miranda, Agostinho Pereira de, Rebelo, Marta, A Resolução de Litígios no Tratado da Carta da Energia: Uma Primeira Abordagem, *in* Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, Almedina, Coimbra, 2012;
- Nyer, Damien, The Investment Chapter of the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, *in* Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2015;
- Palma, Maria João, A nova política europeia de investimento decorrente do Tratado de Lisboa - o Regulamento *Grandfathering* e a articulação entre a competência de União Europeia e as competências remanescentes dos Estados-Membros, *in* Revista internacional de arbitragem e conciliação, Volume A. 8, nº especial (2015), Almedina, Coimbra, 2015;
- Parra, Antonio R., Applicable Law in Investor-State Arbitration, *in* Rovine, Arthur W., Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers, Martinus Nijhoff Publishers, 2007;
- Pinheiro, Luís de Lima, Arbitragem Transnacional: A determinação do estatuto da arbitragem, Almedina, Coimbra, 2005;
- Pinheiro, Luís de Lima, Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional, *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 63, nº1/2 (Abr. 2003), Lisboa, 2003;
- Pinheiro, Luís de Lima, Direito Internacional Privado, volume I, Almedina, Coimbra, 2015;
- Pinheiro, Luís de Lima, Direito Internacional Privado, volume II, Almedina, Coimbra, 2015;
- Pinheiro, Luís de Lima, Direito Internacional Privado, volume III, Almedina, Coimbra, 2012;
- Pinheiro, Luís de Lima, Introdução à arbitragem de investimentos no sector da energia perante as ordens jurídicas portuguesas e angolana, *in* Revista da Ordem dos Advogados, A. 75, nº 1 (Jan.-Jun. 2015), 2015;
- Pinto, Rui, O Recurso Civil. Uma Teoria Geral, AAFDL, Lisboa, 2017;

- Platt, Rowan, The Appeal of Appeal Mechanisms in International Arbitration: Fairness over Finality?, *in* Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2013;
- Polasek, Martina, The Consultation Period Requirement in Investment Treaties as a Matter of Jurisdiction, Admissibility or Procedure, *in* News from ICSID, Volume 23(1), 2006;
- Potestà, Michele, Chapter IV: Investment Arbitration, Challenges And Prospects For The Establishment Of A Multilateral Investment Court: Quo Vadis Enforcement?, *in* Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2018, 2018;
- O' Connell, Mary Ellen, International Dispute Settlement, Asgate Publishing, 2003;
- Oliveira, Ana Perestrelo de, Arbitragem de Litígios com Entes Públicos, Almedina, Coimbra, 2015;
- Reinisch, August, Stifter, Lukas, What about ISDS in EU Investment Agreements?, *in* Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Associação Portuguesa de Arbitragem, Volume 8, 2015;
- Reisman, W. Michael, The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold", *in* ICSID Review, volume 15, 2000;
- Reisman, W. Michael, R. Crawford, James, Foreign Disputes: Cases, Materials and Commentary, Kluwer Law International, Kluwer International, 2014;
- Sacerdoti, Giorgio, Investment Arbitration Under ICSID and UNICTRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards, *in* ICSID Review, volume 19, 2004;
- Salacuse, Jeswald W., Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution, Fordham International Law Journal, Volume 31, Issue 1, *in* Fordham University School of Law, Nova Iorque, 2007;
- Sardinha, Elsa, The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU–Vietnam Free Trade Agreement, *in* ICSID Review, Vol. 32, No. 3 2017;
- Schneider, Michael E., Investor-State disputes – Moving Beyond Arbitration, *in* Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement, Editado por Laurence

Boisson de Chazournes, Marcelo G. Kohen e Jorge E. Viñuales, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013;

- Screuer, Christoph, Investment Protection and International Relations, *in* A. Reinisch & U. Kriebaum, The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold, Eleven International Publishing, Países Baixos, 2007;
- Schreuer, Christoph, Travelling the BIT Route, Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, *in* The Journal of World Investment & Trade, Vol. 5, No. 2, 2004;
- Schreuer, Christoph, Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration, *in* McGill Journal of Dispute Resolution, volume 1, No. 1, 2014;
- Söderlund, Christer, Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty, *in* Journal of International Arbitration, volume 24(5), Kluwer Law International, 2007;
- Sornarajah, Muthucumaraswamy, The Settlement of Foreign Investment Disputes, Kluwer Law International, 2000;
- Sussman, Edna, The Advantages of Mediation and the Special Challenges to its Utilization in Investor State Disputes, *in* Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Volume VII, Issue 27, São Paulo, 2010;
- Tietje, Christian, Wackernagel, Clemens, Enforcement of Intra-EU Awards: Multilevel Governance, Investment Tribunals and the Lost Opportunity of the Micula Arbitration, *in* Journal of World Investment and Trade, Volume 2, 2015;
- Tietje, Christian, The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States, *in* Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, 2008;
- Vattel, Emer de, The Law of Nations, Or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, Liberty Fund, Indianapolis, 2008;
- Vicente, Dário Moura, Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais, *in*: Revista da Ordem dos Advogados, A. 71, nº 3 (Jul.-Set. 2011);
- Vicente, Dário Moura, Os mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores na perspetiva europeia: desenvolvimentos recentes, *in* Liber amicorum Fausto de Quadros, Volume 1, Almedina, Coimbra, 2016;

- UNCTAD, Exploring Alternatives to Investment Treaty Arbitration and Other Dispute Prevention Policies, Draft paper for discussion, Organizações das Nações Unidas, Nova Iorque e Genebra, 2009;
- UNCTAD, Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Organizações das Nações Unidas, Nova Iorque e Genebra, 2010;
- Wölker, Ulrich, The EU as a Player in the BIT Arena: Current and Future Legal Challenges, *in ICSID Review*, Volume 24(2), 2009.